

Het informele huwelijk: de verbondenheid tussen mens, goed en schuld

Citation for published version (APA):

Forder, C. J. (2000). *Het informele huwelijk: de verbondenheid tussen mens, goed en schuld*. Kluwer.
<https://doi.org/10.26481/spe.20001027cf>

Document status and date:

Published: 27/10/2000

DOI:

[10.26481/spe.20001027cf](https://doi.org/10.26481/spe.20001027cf)

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Het informele huwelijk:

de verbondenheid tussen mens, goed en schuld

Het informele huwelijk: de verbondenheid tussen mens, goed en schuld

REDE UITGESPROKEN

BIJ DE AANVAARDING VAN HET AMBT VAN

BIJZONDER HOOGLERAAR EUROPEAN FAMILY LAW,

AAN DE UNIVERSITEIT MAASTRICHT

OP VRIJDAG 27 OKTOBER 2000

DOOR CAROLINE J. FORDER



MAASTRICHT
2000

Met dank aan Jan de Boer, Raadsheer in het Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen, mijn collega Professor Ton Gehlen, Emeritus Bijzonder Hoogleraar in de Rechtsgeschiedenis aan de Universiteit Maastricht en notaris en Rob Bakker, rechter in de Rechtbank Maastricht, tevens mijn echtgenoot en samenwoner, voor hun nuttige opmerkingen op eerdere concepten.

Uitgever: Kluwer, Deventer

ISBN 90 268 3703 8

© 2000, Caroline J. Forder

Lay-out: Margriet van Woerden

Tekening omslag: Caroline Forder

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van uitgeverij Kluwer.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16b Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij het Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471, en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor verschuldigde wettelijke vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

*Mijnheer de Rector Magnificus
Dames en Heren*

Het is mij een eer om u iets over het Europees familierecht te vertellen. Ik zal dat doen door een concreet voorbeeld te geven van een maatschappelijk probleem in Nederland dat door rechtsvergelijking met andere Europese stelsels kan worden opgehelderd. Europees familierecht heeft betrekking op verdragen, op internationale rechtspraak en op rechts-vergelijking. Voor het onderwerp dat ik vandaag bespreek is vooral de rechtsvergelijking van belang.

Indien mevrouw en mijnheer Bakker zijn getrouwd, is een heel stelsel van huwelijksvermogensrecht van toepassing. In beginsel, tenzij zij iets anders afspreken, vallen al hun goederen in algehele gemeenschap van goederen en hebben zij bij de verdeling beiden recht op de helft. Als zij uit elkaar gaan en mevrouw of mijnheer Bakker niet in staat is in haar of zijn onderhoud te voorzien, heeft zij of hij recht op alimentatie van de ex-partner. En als zij niet uit elkaar gaan en een van hen komt te overlijden, heeft de overlevende echtgenoot een speciale positie in het erfrecht. Maar, als zij niet trouwen, ligt de hele situatie anders. Hier begeven wij ons op het gebied dat aangeduid zou kunnen worden als het informele huwelijk. In principe is er geen gemeenschap van goederen, geen onderhoudsverplichting en geen erfrechtelijke bepaling die van toepassing is op de overlevende samenwoner. Zij zijn vrij om naar de notaris te gaan en een samenlevingsovereenkomst op te laten stellen.¹ Wat is echter hun rechtspositie als zij dit niet doen? Hierover wil ik het vanmiddag hebben. Ik zal in het bijzonder ingaan op de regeling met betrekking tot de verdeling van de goederen, omdat dit aspect mijns inziens een centrale plaats inneemt. Tegelijk geef ik een deel van mijn programma voor de komende jaren prijs, want na deze oratie resten nog talloze problemen met betrekking tot het samenleven: onderhoudsverplichting, erfrechtelijke vragen, maar ook vele vraagstukken buiten het privaatrechtelijke vakgebied, zoals de regeling van samenlevers in het sociale zekerheidsrecht. Ik zal deze middag eerst ingaan op het Nederlandse recht en enkele tekortkomingen hiervan aanduiden. Vervolgens zal ik aan de hand van een aantal buitenlandse uitstapjes laten zien hoe de problemen in Nederland aangepakt zouden kunnen worden. Ik zal vooral de aandacht vestigen op rechtsstelsels die een wettelijke regeling voor samenwoners kennen.

In het Nederlandse privaatrecht zijn slechts enkele aspecten van de relatie tussen ongehuwd samenwonenden wettelijk geregeld. Te denken valt met name aan de wettelijke huurbescherming en verschillende aspecten van het ongehuwd ouderschap. In 1992 heeft de Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten in haar advies inzake de behandeling van verschillende leefvormen aanbevolen om naast de 'zware' vorm van registratie die uiteindelijk als registratie van partnerschap is ingevoerd, ook een 'lichte' vorm van registratie bij de burgerlijke stand in te voeren. De 'lichte' registratie zou in de privaatrechtelijke sfeer een wederzijdse onderhoudsplicht tussen de geregistreerden tot stand brengen. In de publiekrechtelijke sfeer zou de lichte regi-

¹ G.J.C. Lekkerkerker, 'Het samenlevingscontract; zijn ordenende functie in privaatrechtelijke zin', *WPNR* 1999/6364.

stratie ertoe leiden dat de geregistreerden als gehuwden zouden worden behandeld.² Naar aanleiding van een onderzoek naar de werkbaarheid van de voorstellen van de Toetsingscommissie heeft de regering besloten van de lichte registratievorm af te zien. Gevreesd werd dat de partners het in de publiekrechtelijke sfeer te zeer in eigen hand zouden hebben om al dan niet als gehuwd te worden aangemerkt, al naar gelang dat dit voor hen financieel voordeel zou opleveren.³ Daarna is er geen discussie meer geweest over de regeling van de privaatrechtelijke gevolgen van informele relaties. Met betrekking tot de publiekrechtelijke gevolgen zijn de begrippen in de diverse wetten geharmoniseerd.⁴

Dat de regeling van de relatie tussen samenwonenden aan de partijen wordt overgelaten heeft te maken met een aantal overwegingen. Allereerst kan worden gewezen op de verscheidenheid van de relaties tussen samenwonenden, wat het moeilijk maakt om algemeen geldende criteria op te stellen. Er is in dit verband wel eens gesproken van 'onoverkomelijke' 'praktische moeilijkheden'.⁵ Een tweede overweging is de relativiteit: samenwonenden hebben ervoor gekozen om zich niet aan de regels van het huwelijk te onderwerpen. Een wettelijke regeling zou hun keuze doorkruisen.⁶ Ten slotte neemt de regering het standpunt in dat zich in de praktijk geen problemen voordoen die door de wetgever tot een oplossing zouden moeten worden gebracht.⁷ Daarbij wijst de regering er op dat samenwonenden, indien zij dat wensen, een notariële samenlevingsovereenkomst kunnen opstellen.

De vraag wat er in het recht moet worden geregeld voor ongehuwd samenwonenden die nalaten een samenlevingsovereenkomst te sluiten is actueler dan ooit. Aanvankelijk was samenwoning in Nederland nog een betrekkelijk weinig voorkomend verschijnsel. Inmiddels is, zoals hierna nog zal blijken, het aantal samenwonenden enorm toegenomen, en de voorspellingen zijn dat deze toename nog zal voortduren. Bovendien worden thans veel meer kinderen door ongehuwd samenwonenden opgevoed. Deze kinderen lopen vermoedelijk een groter risico dat hun ouders uit elkaar gaan dan kinderen van gehuwden. Het ligt voorts in de lijn der verwachting dat de problemen waarmee de ouders te kampen hebben als zij uit elkaar gaan voor samenwonenden minstens zo erg zijn als voor gehuwde ouders. Als er geen regeling is getroffen voor het onderhoud en de goederen, is de situatie van de kinderen waarschijnlijk slechter dan na een echtscheiding.

De rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens verplicht de Lid-staten niet een regeling voor ongehuwd samenwonenden te maken. Zo overwoog het Hof in *Johnston t. Ierland*: 'However, like the Commission, the Court does

² Advies van de Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten (Toetsingscommissie) inzake de problematiek van de verschillende leefvormen, 17 januari 1992, TK 1991-1992, 22 300, VI, nr. 36.

³ TK 1992-1993, 22 700, nr. 3, pp. 8-11.

⁴ Zie het kabinetsstandpunt van 14 augustus 1996 met betrekking tot het rapport van de interdepartementale werkgroep over harmonisatie van leefvormbepalingen in de regelgeving, TK 1995-1996, 22 700, nr. 21. Hierbij is voor de wettelijke bepalingen over ongehuwd samenwonenden grotendeels aangesloten bij de desbetreffende bepalingen in de op 1 januari 1996 in werking getreden Algemene bijstandswet en de Algemene nabestaandenwet.

⁵ M.J.A. van Mourik, 'Partij-autonomie en wetgeving', in: *Samen-Leven*, pp. 63-72, p. 71; E. Cohen Henriquez, 'Regels van samenlevingsovereenkomst', in: *Relativiteit en recht*, pp. 94-101, p. 96.

⁶ Bijv. Gr. van der Burght, 'Het vermogensrechtelijk minimum als uitgangspunt als personen gaan samenwonen', in: *Relativiteit en recht*, p. 92.

⁷ W.H.M. Reehuis en E.E. Slob, *Invoering boeken 3,5 en 6, Aanpassing Burgerlijk Wetboek*, Kluwer, Deventer, 1991, p. 54.

not consider it is possible to derive from Article 8 an obligation on the part of Ireland to establish for unmarried couples a status analogous to that of married couples.⁸ Ondanks een reeks uitspraken waarin het Hof erkent dat de positie van ongehuwd samenwonenden voor wat hun relatie tot de kinderen aangaat dramatisch is veranderd, ziet het er niet naar uit dat het Hof in de nabije toekomst zijn in *Johnston* uitgezette koers zal wijzigen. In een wat verdere toekomst liggen misschien wel veranderingen in het verschiet.

In *Petrović Oostenrijk* heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens erkend dat het recht op respect voor het gezinsleven een financiële dimensie heeft. In deze zaak heeft het Hof geoordeeld dat een ouderschapsuitkering⁹ van invloed kan zijn op de feitelijke invulling die aan het gezinsleven wordt gegeven en dat deze daarom onder het toepassingsbereik van artikel 8 EVRM valt. De zaak *Petrović* had betrekking op ouderschapsverloven- of uitkeringen die alleen aan de moeder werden toegekend, terwijl de vader van dit recht werd uitgesloten. Naar het oordeel van het Hof was er echter geen sprake van discriminatie. Gelet op de geringe 'common ground' tussen de Lid-Staten met betrekking tot de toekenning van ouderschapsverloven of -uitkeringen aan vaders, was het Hof van oordeel dat Oostenrijk binnen haar beoordelingsmarge was gebleven door de uitkering uitsluitend aan de moeder toe te kennen.¹⁰ Als het twaalfde protocol van kracht wordt,¹¹ zal het Europese Hof zich meer dan nu het geval is gaan bezighouden met economische en sociale rechten en zal het Hof naar verwachting meer oog krijgen voor nauw met de klassieke grondrechten verbonden sociale en economische rechten. Te denken valt bijvoorbeeld aan een gebrek aan woonruimte, dat ernstige gevolgen kan hebben voor de ouder die het gezag over zijn kind wil krijgen. Zelfs de uitoefening van een omgangsrecht zal beperkt zijn indien de ouder over geen of ongeschikte woonruimte beschikt. Zo komen de economische aspecten in beeld van het grondrecht van een ouder en kind op omgang met elkaar, dat door artikel 8 EVRM¹² en artikel 9 lid 3 van het VN kinderverdrag is beschermd. Maar ook mensenrechtelijke bescherming van andere aspecten van een samenwoningsrelatie dan de positie van de samenwoners als ouders is denkbaar. In Canada heeft het Court of Appeal van Nova Scotia geoordeeld dat het ontbreken van de mogelijkheid om na de verbreking van een tienjarige samenleving een rechterlijke uitspraak te verkrijgen over de verdeling van het huis en van andere tijdens de samenleving verworven goederen, een schending inhoudt van het Human Rights Charter. Het Hof redeneerde dat de vrouw, die twee kinderen had, in een vergelijkbare positie verkeerde met een gehuwde vrouw, en dat het daarom discriminerend zou zijn om haar geen vordering met betrekking tot de goederen toe te kennen.¹³

⁸ *Johnston t. Ierland*, Eur. Hof R.M., 18 december 1989, serie A nr. 112 § 68.

⁹ Dit was een uitkering die aan de moeder werd toegekend, mits zij in aanmerking kwam voor 'Wochengeld' (een uitkering die aan moeders in de eerste acht weken na de geboorte wordt betaald) en zij na de geboorte van het kind een jaar lang ouderschapsverlof opnam.

¹⁰ *Petrović t. Oostenrijk*, EHRM, 27 maart 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-II No. 67, p. 579; zie ook Duitse Bundesverfassungsgericht, 25 oktober 1994, FamRZ 1995, 86 [III.1.(c)(aa)].

¹¹ Door dit protocol wordt de discriminatiebescherming van artikel 14 EVRM uitgebreid. Voor de tekst en explanatory report: *NJCM-Bulletin* jrg. 24 (1999), nr. 7, pp. 1004-1008.

¹² *Hokkanen t. Finland*, EHRM, 23 september 1994, serie A nr. 299-A § 60-61; *Mouta t. Portugal*, EHRM, 21 december 1999, Reports of Judgments and Decisions 1998-II, No. 67, p. 579, § 22.

¹³ *Walsh v Bona* [2000] N.S.J. No. 117 (april 19, 2000) Nova Scotia Court of Appeal.

Wat wij weten over ongehuwd samenwonenden

Demografische gegevens

Steeds meer paren wonen samen – voor een deel van hun leven. In het begin van de jaren zestig kwam het ongehuwd samenwonen, toen vaak nog als ‘hokken’ aangeduid, nauwelijks voor in Nederland. In 1961-1965 woonde 1,9 procent van alle startende huishoudens samen;¹⁴ in 1966-1970 was dit 3 procent.¹⁵ In 1976-1980 woonden 15 procent van alle startende paren samen.¹⁶ In de jaren 1971-1981 nam het aantal ongehuwd samenwonenden steeds verder toe; in 1981 woonden 250.000 paren zonder kinderen en 50.000 met kinderen samen.¹⁷ Het gaat in de periode 1971-1981 vooral om jonge mensen die samenwonen alvorens te trouwen. Voor veel van deze paren was de komst van een kind de reden om te gaan trouwen. In de periode 1981-1995 neemt de populariteit van het samenwonen los van enige trouwplannen toe. Woonden in 1981 5 procent van alle huishoudens samen, in 1995 is dit 10 procent geworden, waarvan een op de vijf paren met kinderen.¹⁸ In absolute cijfers gaat het in 1995 om 650.000 samenwonenden, waarvan 130.000 met kinderen.¹⁹

De praktijk van ongehuwd samenwonen kenmerkt zich door twee ontwikkelingen. Allereerst wordt de reeds in de jaren zeventig ingezette samenwoning gedurende een ‘proefperiode’ vóór het huwelijk steeds populairder. Tegenwoordig volgt slechts iets meer dan een kwart (26,9 procent) van de jonge mensen het traditionele patroon van het rechtstreeks vanuit het ouderlijk huis trouwen. Het gaat hierbij vooral om allochtonen of mensen van traditionele kerk- of geloofsgemeenschappen. De resterende bijna drie kwart van de jongeren verlaat het ouderlijk huis om eerst zelfstandig te gaan wonen (36,3 procent) of om te gaan samenwonen (29,5 procent). 7,3 procent gaat in groepsverband wonen.²⁰ In alle gevallen gebeurt het trouwen op een later tijdstip dan tijdens de jaren zestig of zeventig.²¹ Voor veel paren is de beslissing om een kind te nemen aanleiding om te trouwen. Het uitstel van de huwelijksluiting moet dan ook in verband worden gebracht met het feit dat het krijgen van kinderen wordt uitgesteld.²² De tweede ontwikkeling ziet op het geheel afzien van het huwelijk. Het is niet mogelijk om te zeggen om welke aantallen het gaat, omdat de ontwikkelingen nog niet lang genoeg hebben geduurd om het hele levenspatroon van een bepaalde generatie in kaart te brengen, maar een - vermoedelijk klein - deel van de 520.000 ongehuwde paren zonder kinderen en de 130.000 met kinderen leven langdurig samen zonder ooit te trouwen.²³ Een recente publicatie van het CBS bevestigt dat per generatie het aantal mensen dat uiteindelijk trouwt steeds verder af-

¹⁴ *Sociaal en cultureel rapport 1998, 25 jaar sociale verandering*, Rijswijk, 1998, p. 79, tabel 3.5.

¹⁵ *Ibid.* Het bestaan van ongehuwd samenwonenden is niet nieuw, maar pas in de jaren zeventig kreeg dit verschijnsel, ‘mede in verband met deze frequentie,’ een eigen categorie in de officiële statistiek. Voor het einde van de jaren zeventig gingen de samenwonenden schuil onder de categorie ‘overige huishoudens’, *Sociaal en cultureel rapport*, p. 84.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ K. de Hoog, ‘Verdwijnt het “traditionele” gezin in Nederland?’, *FJR* 1999, pp. 209-213, p. 211, lk hoofd.

¹⁸ *Sociaal en cultureel rapport*, p. 77, tabel 3.2.

¹⁹ De Hoog, a.w., n. 17, p. 211, lk, voet.

²⁰ *Sociaal en cultureel rapport*, p. 79, tabel 3.5.

²¹ *Sociaal en cultureel rapport*, p. 78, tabel 3.4.

²² J.J. Latten en P.F. Cuyvers, *Relatie- en gezinsvorming in de jaren negentig*, CBS/Nederlandse Gezinsraad, Voorburg/Heerlen, 1994, p. 46, p. 66.

²³ *Sociaal en cultureel rapport*, p. 78, De Hoog, a.w. n. 17 p. 213.

neemt.²⁴ Volgens een prognose van het CBS zal het aandeel van ongehuwd samenwonenden toenemen van 14 procent van alle paren in 1995 tot een verwachte 24 procent in 2015.²⁵

Het is belangrijk om te beseffen dat deze statistieken het resultaat zijn van een momentopname. In de meerderheid van de gevallen is er een periode van samenleven, gevolgd door een huwelijk met dezelfde of een andere partner. Men spreekt van een relatie-biografie.²⁶ De toename in het samenwonen hangt samen met het feit dat de periode van samenwonen bij een toenemend aantal mensen steeds langer wordt. Hoewel de demografische ontwikkeling zich kenmerkt door een steeds grotere diversiteit van samenlevingsvormen (alleenstaanden, samenwonenden, samenwoning in groepsverband), is het uiteindelijke doel van de meeste mensen nog steeds - zij het soms op langere termijn - de vorming van een exclusieve twee-relatie met kinderen.²⁷ Er zijn veel oorzaken voor deze ontwikkelingen (uitstel en afstel van het huwelijk) die men globaal onder de noemer van modernisering of individualisering kan brengen.²⁸ In een Europees onderzoek is een correlatie gevonden tussen vrouwen die een scheiding van hun eigen ouders hebben meegemaakt, en de neiging om later in plaats van het huwelijk voor samenwoning te kiezen.²⁹ Een interessante hypothese is dat vrouwen, in de wetenschap dat zij in de relatie doorgaans economisch afhankelijk van hun echtgenoot zullen zijn, het trouwen en het krijgen van kinderen uitstellen totdat zij er zeker van zijn dat de partner iemand is op wie zij kunnen rekenen.

Buitenechtelijke geboorten komen steeds meer voor. Terwijl in 1960 1,4 procent van alle geboortes buitenechtelijk was, was dit aandeel in 1970 2,1 procent, in 1980 4,1 procent, in 1990 11,4 procent en in 1996 17 procent.³⁰ In tegenstelling tot vroeger beperken buitenechtelijke geboorten zich niet tot louter jonge vrouwen. Heden ten dage is een typische buitenechtelijke geboorte geen vergissing, zoals vroeger, maar het gevolg van een bewuste keuze van veelal samenwonende ouders.³¹ Ook deze statistieken zijn het resultaat van een momentopname. Het aantal kinderen dat buitenechtelijk wordt geboren en ook buitenechtelijk blijft is betrekkelijk klein. In veel gevallen trouwen de ouders na de geboorte van het kind. Slechts een tiende - misschien iets meer - van alle eerstgeboren kinderen blijft buitenechtelijk.³² Niet-gehuwde paren met kinderen vormen 5 procent van alle gezinnen met kinderen.³³

²⁴ 'Groot aantal huwelijken, maar trouwen is niet "in"', *NRC Handelsblad*, 16 maart 2000, p. 2.

²⁵ A.H. de Jong, 'Nationale huishoudensprognose 1996: steeds minder paren zijn gehuwd', in: *Maandstatistiek van de bevolking* (1997) 5 (18-28).

²⁶ Latten/Cuyvers, (red.), a.w. n. 22, hfst. 4.

²⁷ *Sociaal en cultureel rapport*, p. 79, 85.

²⁸ *Sociaal en cultureel rapport*, p. 78; G.A. Kooy, 'Gezinsleven en recht in naoorlogs Nederland', *R M Themis* 1997, jrg 158, pp. 123-129.

²⁹ Kathleen Kiernan, 'Cohabitation in Western Europe', *Population Trends* (Office for National Statistics) 1996, summer 1999, pp. 25-32, p. 31, table 10.

³⁰ *Sociaal en cultureel rapport*, p. 81, tabel 3.7; G.A. Kooy, a.w., n. 28, p. 126; in 1998 waren er 26 691 buitenechtelijke geboortes, en een totaal van 199 408 geboortes, *CBS statistieken* geboorte 1994-1998, tabel 2, p. 36.

³¹ *Sociaal en cultureel rapport*, p. 81.

³² Latten/Cuyvers, a.w. n. 22, p. 73.

³³ *Sociaal en cultureel rapport*, p. 77, tabel 3.2.

Over de ontbinding van de samenwoningsrelatie zijn geen harde cijfers beschikbaar. Op basis van het 'Onderzoek Gezinsvorming' wordt het aantal ontbindingen in 1993 geschat op 40.000. In hetzelfde jaar waren er 30.000 echtscheidingen.³⁴

Hoe vaak komt buitenhuwelijkse samenwoning in Nederland voor in vergelijking met andere Europese landen? In 1996 is naar dit verschijnsel in de vijftien landen die toen de Europese Gemeenschappen uitmaakten onderzoek gedaan.³⁵ Uit dit zogenoemde Eurobarometeronderzoek blijkt dat de frequentie van samenwoning in Nederland iets boven het gemiddelde is. In Denemarken, Zweden, Finland en Frankrijk is de frequentie van ongehuwde samenwoning hoog: ongeveer 30 procent van vrouwen in de leeftijd van 25-29 woont ongehuwd samen. Nederland behoort tot de middenmoot met België, Groot-Britannië, Oost- en West Duitsland, en Oostenrijk, met gemiddeld 8 tot 16 procent van vrouwen in de leeftijd 25-29 jaar die ongetrouwd samenwoonden. Nederland voert deze groep wel aan met een percentage van 16. Ongehuwd samenwonen komt het minst voor in Zuid-Europa en Ierland. In deze landen bedraagt het percentage van vrouwen dat ongetrouwd samenwoont in de leeftijd van 25-29 jaar 3 procent of minder.

De demografische gegevens samenvattend kan worden gezegd dat steeds meer personen in Nederland gedurende een deel van hun leven samenwonen, en zulks voor steeds langere perioden. Hoewel het betrekkelijk weinig voorkomt dat ongehuwd samenwonenden, die samen een kind krijgen, ook ongehuwd blijven, is dit een niet te verwaarlozen verschijnsel. Het percentage van ongehuwde paren die uit elkaar gaan ligt vermoedelijk hoger dan het percentage echtscheidingen.

Sociologische gegevens

Tegen het einde van de jaren zeventig is in Nederland een juridisch-sociologisch onderzoek (hierna: het NISSO-onderzoek) verricht bij 75 niet-gehuwde relaties, waaronder hetero- en homoseksuele relaties, met en zonder kinderen, uit alle lagen van de bevolking.³⁶ Hoewel dit onderzoek vrij oud is, verdienen de bevindingen nog steeds de aandacht. Het gaat om een kwalitatief onderzoek, waarin is nagegaan hoe ongehuwd samenwonenden over hun relatie denken, hoe zij hier in de praktijk invulling aan geven, hoe, en of, zij afspraken en/of regelingen maken en over welke onderwerpen, en of zich knelpunten voordoen in hun relatie. Onderzocht is dus het samenwonen als fenomeen, waarbij is nagestreefd om zoveel mogelijk een selectie van alle mogelijke verschijningsvormen onder de loop te nemen. De veronderstelling lijkt gerechtvaardigd dat de sociologische bevindingen uit dit onderzoek hun gelding hebben behouden voor de huidige ongehuwd samenwonende paren. De juridische bevindingen en aanbevelingen uit dit onderzoek zijn echter sterk verouderd.

Uit het onderzoek komt naar voren dat van paar tot paar zeer verschillend wordt gedacht over het relatiemodel waarnaar wordt gestreefd en over de praktische uitwerking hiervan. Ondanks deze verscheidenheid hebben de onderzoekers een cruciale scheidslijn ontdekt tussen de 'samen delers' en de 'samen zelfstandigen'. 'Samen delers' zijn paren die bereid zijn elkaar, zo nodig, te onderhouden; samen

³⁴ D. Manting, 'Meer scheidingen dan echtscheidingen', *Maandstatistiek van de bevolking* CBS, jrg. 42, 1994-4, pp. 6 e.v. (TK 1995-6, 22 700, nr. 6, p. 5-6.); Latten/Cuyvers (red) a.w. n. 22, p. 53.

³⁵ Kiernan, a.w. n. 29.

³⁶ C.J. Straver, A.M. van der Heiden, W.C.J. Robert, *Twee relaties, anders dan het huwelijk?*, Samen sociale en culturele reeks, Alphen aan den Rijn, Brussel, 1980.

zelfstandigen wijzen een onderhoudsfunctie in hun relatie af.³⁷ Binnen deze twee categorieën bevindt zich een breed scala aan variaties. 'Samendelers' behoeven bijvoorbeeld niet noodzakelijkerwijs samen te wonen of een gemeenschappelijk vermogen te hebben.³⁸ Gelet op dit gegeven dient de jurist ervoor te waken ongehuwd samenwonenden en gehuwden op één lijn te stellen en ongehuwd samenwonenden te behandelen alsof het om een homogene groep zou gaan.³⁹ In een vervolgonderzoek is nagegaan hoe gehuwden aan hun relatie invulling geven.⁴⁰

In een Amerikaans onderzoek⁴¹ dat rond dezelfde tijd als het NISSO-onderzoek werd uitgevoerd, is een vergelijking gemaakt tussen gehuwden en ongehuwden. In dit onderzoek is een groep studenten sociologie gevraagd om intieme contracten - dat wil zeggen een contract tussen verloofden, samenwoners of gehuwden - op te stellen, hetzij voor hun eigen relatie, hetzij voor een relatie tussen bekenden. Dit onderzoek heeft 59 contracten opgeleverd. Ter nadere analyse zijn deze onderverdeeld in contracten voor gehuwden, voor verloofden en voor samenwonenden. Hoewel de waarde van dit onderzoek door het beperkt aantal respondenten en het selecte karakter van de groep niet mag worden overschat, bevat het een aantal interessante gegevens. Zo bleek dat samenwoners meer dan gehuwden of verloofden geneigd waren tot het treffen van voorzieningen voor gescheiden bezit, gescheiden schulden, en gescheiden onderhoud. Zij waren eveneens meer geneigd een lijst te maken van hun bezittingen en hun inkomens gescheiden te houden. Kortom, in hun contracten benadrukten zij hun individualiteit en zelfstandigheid, waarin zij zich onderscheidden van gehuwden en verloofden.⁴²

Voor een karakterisering van de relatietypen in Nederland wijs ik op het onderzoek van Van der Avort. Naar aanleiding van diepte-gesprekken met 25 gehuwde paren en 24 ongehuwde paren heeft Van der Avort een onderscheid gemaakt tussen drie relatietypen. Als eerste onderscheidt hij het partnerschapstype, waarin vooral de samenwonenden vertegenwoordigd zijn. De basiskenmerken van dit type zijn kameraadschap en individualiteit. In deze relaties streven man en vrouw na gelijke functies in de relatie te vervullen. Het tweede type, het relatie-type of burgerlijk model, heeft als basiswaarde gezinseenheid en kameraadschappelijkheid en is veel minder individualistisch ingesteld dan het eerste model. Deze paren, die overwegend gehuwd zijn, streven er niet naar om de taken gelijkelijk te delen, maar zien elkaar als elkaars complement. Het derde relatie-type ziet op de situatie waarin de ene partner het relatie-type nastreeft en de andere het partnerschapstype. Een belangrijke verdienste van het onderzoek van Van der Avort acht ik dat daaruit naar voren komt dat de huidige ontwikkelingen binnen relaties niet moeten worden opgevat als een geleidelijke verzwakking van de bindingen tussen paren. In deze 'afbraak-visie' is er een

³⁷ Ibid., pp. 128-130.

³⁸ Ibid., pp. 130-146.

³⁹ Van Mourik, a.w. n. 5, p. 67.

⁴⁰ C.J. Straver, A. M. van der Heijden, R. W.F. van der Vliet, *De Huwelijkse logica, huwelijksmodel en inrichting van het samenleven bij arbeiders en anderen*, NISSO, DSWO Press, Rijksuniversiteit Leiden, 1994.

⁴¹ L. Weitzman, *The Marriage Contract, A Guide to Living with Lovers and Spouses*, Macmillan/Free Press, New York/London, 1981, pp. 417-458; Nederlandse vertaling: L. Weitzman, C. Dixon, J. Adair Bird, N. McGinn, D.M. Robertson, 'Contracten voor intieme relaties', in: C.D. Saal en C.J. Straver (red.), *Samenleven in meervoud, juridische en sociologische aspecten van het samenwonen zonder huwelijk*, Samson sociale en culturele reeks, Alphen aan den Rijn, Brussel, 1981, pp. 87-138.

⁴² Weitzman e.a., in: Saal en Straver, *Samenleven in meervoud*, a.w. n. 41, p. 107.

beweging weg van het huwelijk in de richting van toenemende individualiteit. Volgens Van der Avort is dit niet het geval. Naar zijn mening is er veeleer sprake van een ontwikkeling waarbij de partners streven naar een *evenwicht* tussen binding en individualiteit binnen de relatie.⁴³ Deze benadering is belangrijk voor juristen, want, zoals bij de hierna volgende juridische bespreking nog zal blijken, wordt het samenwonen sterk in verband gebracht met individualiteit. Volgens Van der Avort kenmerkt een relatie van samenwonenden zich door een combinatie van binding en individualiteit. Van belang is voorts dat uit het onderzoek naar voren komt dat samenwonenden zich vooral in midden en hogere sociale niveaus bevinden.⁴⁴

Een interessante aanvulling op het NISSO-onderzoek is het recentelijk in Engeland uitgevoerde onderzoek van Carol Smart en Pippa Stevens.⁴⁵ In dit onderzoek zijn diepte-interviews gehouden met twintig paren van ongehuwd samenwonende mannen en vrouwen die samen een kind hebben opgevoed en wier relatie inmiddels beëindigd is. In dit onderzoek gaat het om vragen als: hoe zijn de partners met de samenwoning begonnen; was er ooit sprake van huwelijksplannen; hoe waren de verantwoordelijkheden tijdens de relatie verdeeld; hoe werd de beslissing om een kind te nemen gemaakt, en waarom is men uiteindelijk uit elkaar gegaan. Ook van belang was de perceptie van samenwonenden op hun juridische positie.

Dit Engelse onderzoek kan beschouwd worden als een aanvulling op het NISSO-onderzoek, omdat dit laatste onderzoek uitsluitend respondenten betreft die hebben samengewoond met iemand met wie hij of zij kinderen had. Bovendien biedt het Engelse onderzoek een ander perspectief dan het NISSO-onderzoek, nu het hierbij gaat om opvattingen over inmiddels verbroken relaties. Het Engelse onderzoek was vooral gericht op het vinden van aanwijzingen en verklaringen voor de veronderstelde geringere bestendigheid van de relatie van samenwonenden in vergelijking tot het huwelijk.⁴⁶ Uit dit onderzoek blijkt onder andere dat een ongeplande zwangerschap aanleiding kan zijn tot samenwoning. Het gaat hierbij om vrouwen die enerzijds de opties van zwangerschapsafbreking of alleenstaand ouderschap afwezen, maar anderzijds een huwelijk te riskant vonden.⁴⁷ Om te analyseren hoe de samenwonenden over hun relatie dachten, maakten de onderzoeksters een onderscheid tussen, enerzijds, respondenten die een hechte band met elkaar hadden⁴⁸ en, anderzijds, respondenten die een relatie hadden waarin deze hechte band (nog) niet aanwezig was en waarbij zij meenden dat een dergelijke band slechts onder voorwaarden kon ontstaan (voorwaardelijke relaties). Voor het aannemen van een hechte band achten de onderzoeksters van belang dat de partners zich samen rekenschap hadden gegeven van het ontstaan van de relatie, alsmede van de wijze waarop deze door beiden werd ingevuld en afgebakend en dat de partners stappen hadden genomen voor het geval dat zij uiteen zouden gaan. Voorwaardelijke relaties zijn volgens de onderzoeksters gebaseerd op een kans of gelegenheid die zich voordoet. Meestal wordt gehoopt dat de relatie en/of de partner zich gaat verbeteren. Deze verwachtingen zijn meestal niet uitgesproken. Van het bestaan van een hechte band werd uitgegaan wanneer de rela-

⁴³ A.J.P.M. van der Avort, *De gulzige vrijblijvendheid van expliciete relaties*, Tilburg University Press, 1987, p. 297.

⁴⁴ *Ibid.*, pp. 240-243, 294.

⁴⁵ C. Smart en P. Stevens, *Cohabitation Breakdown*, Family & Parenthood, Policy & Practice, Family Policy Studies Centre, Joseph Rowntree Foundation, London, 2000.

⁴⁶ Smart and Stevens, a.w. n. 45, p. 13.

⁴⁷ Smart and Stevens, a.w. n. 45, p. 23.

⁴⁸ Dit voor de onderzoeksters centrale begrip *commitment* laat zich moeilijk vertalen. De betekenis die er het dichtst bij in de buurt komt is: sterk aan elkaar sterk gehecht zijn.

tie voorafgaand aan de samenwoning was ontstaan, er enkele juridische en financiële afspraken waren gemaakt, de kinderen waren gepland, de partners de kinderen samen opvoedden, zij zich hadden uitgesproken over de verwachtingen die zij van elkaar hadden, en de partners er van uitgegaan zijn dat de relatie een toekomst zou hebben.⁴⁹ Van een voorwaardelijke relatie werd uitgegaan als de partners nog niet lang samenwoonden, er geen juridische of financiële afspraken tussen hen waren gemaakt; de kinderen niet gepland waren (wat niet betekent dat zij niet waren gewenst), de vrouw zwanger was vóór de aanvang van het samenwonen, één van de partners eiste dat de andere zijn/haar gedrag of persoonlijkheid zou veranderen of de partners veronderstelden dat hun relatie niet duurzaam zou zijn maar zij hierop slechts hun hoop hadden gevestigd.⁵⁰ In vele gevallen van 'voorwaardelijke relatie' speelde geweld en/of werkloosheid een rol.

Samenvattend: individualiteit en onafhankelijkheid zijn elementen die een belangrijke rol spelen in de relatie van samenwonenden. Maar wij kunnen hieruit niet de conclusie trekken dat er daarom geen sprake is van binding en afhankelijkheid.

Onderhoudsverplichting

In principe zijn ongehuwd samenwonenden niet onderhoudsplichtig jegens elkaar, niet tijdens de relatie⁵¹ en ook niet na de beëindiging hiervan.⁵² Zo rustte op mevrouw van Dilst geen verplichting om de heer Roozendaal, die enige tijd met haar had samengewoond, te onderhouden toen deze laatste werkloos was geworden. Daaraan kon niet afdoen dat de gemeente Leiden vond dat de situatie van Roozendaal en van Dilst niet wezenlijk verschilde van die van een huwelijk, zodat Roozendaal slechts fl. 67,- per maand aan bijstandsuitkering ontving.⁵³ Partijen kunnen een onderhoudsverplichting doen ontstaan door een alimentatieverplichting in een samenlevingsovereenkomst op te nemen. Soms biedt het recht ook een oplossing aan samenwonenden die deze stap niet hebben gemaakt. Zo kan een onderhoudsverplichting door stilzwijgende afspraak geacht worden te zijn ontstaan. In dat geval wordt de bedoeling van partijen om een samenlevingsovereenkomst aan te gaan afgeleid uit bepaalde handelingen waaruit deze bedoeling blijkt. Hierbij kan men denken aan de situatie waarin een partner op verzoek van de andere partner zijn of haar baan opzegt om het huishouden te verzorgen⁵⁴, om kinderen te krijgen en deze in gezinsverband op te voeden of aan gevallen waarin de samenleving van zeer lange duur is.⁵⁵

Voorts kan een verplichting ontstaan die hetzelfde effect heeft als een onderhoudsverplichting. Onder zeer bijzondere omstandigheden is het mogelijk dat het gedrag van een partij bij het aangaan van de samenleving of bij de verbreking hier-

⁴⁹ Smart and Stevens, a.w. n. 45, p. 24.

⁵⁰ Smart and Stevens, a.w. n. 45, p. 26.

⁵¹ HR 22 februari 1985, NJ 1986, 82, m. nt. Luijten, o.w. 3.2, conclusie mr. Moltmaker 3.3.2; HR 15 juli 1985, NJ 1986, 397 m. nt. Luijten, o.w. 3; HR 9 januari 1987, NJ 1987, 927 m. nt. Luijten, o.w. 3.2.

⁵² Rb. Groningen 9 januari 1979, NJ 1979, 351.

⁵³ HR 9 januari 1987, NJ 1987, 927 m. nt. Luijten.

⁵⁴ Zie de conclusie van A-G Leijten voor HR 9 januari 1987, NJ 1987, 927 m. nt. Luijten, B.II.3 voor het voorbeeld van de broer en zus die geacht worden stilzwijgend te hebben afgesproken dat de zus de huishouding zal doen, terwijl de broer buitenshuis werkt.

⁵⁵ W.J.M. Davids, 'Alimentatie...niet in de lengte, wel in de breedte' in: *Henriquez Bundel*, p. 82.

van een onrechtmatige daad oplevert, waaruit een verplichting tot schadevergoeding ontstaat.⁵⁶ Ook kan er sprake zijn van ongerechtvaardigde verrijking.⁵⁷ Tot slot is de toepassing van art. 255 Sr⁵⁸ denkbaar.

Er schuilt een inconsequentie in artikel 1:160 BW waarin is bepaald dat een onderhoudsverplichting uit hoofde van een echtscheiding (of ontbinding van een partnerschap) ophoudt te bestaan wanneer de alimentatiegerechtigde 'opnieuw in het huwelijk treedt, een geregistreerd partnerschap aangaat dan wel is gaan samenleven met een ander als waren zij gehuwd of als hadden zij hun partnerschap laten registreren.' De inconsequentie bestaat hierin dat een vrouw die recht op alimentatie heeft van haar ex-echtgenoot en die later met iemand gaat trouwen of een partnerschap aangaat, op grond van artikel 1:160 BW opnieuw recht verkrijgt op alimentatie - en wel jegens de nieuwe partner - terwijl dit recht wordt onthouden aan de vrouw die weer gaat samenwonen. De toepassing van artikel 1:160 BW op samenwonenden is vooral om deze reden aan kritiek onderworpen.⁵⁹ De toevoeging van samenwonenden aan artikel 1:160 BW is bij amendement geschied, teneinde te voorkomen dat een alimentatiegerechtigde, om de alimentatie van haar ex-echtgenoot te behouden, er de voorkeur aan zou geven om met een nieuwe partner te gaan samenwonen in plaats van te trouwen. Volgens Asser-De Boer was de toevoeging echter niet nodig, omdat de rechter op grond van artikel 1:401 BW altijd de bevoegdheid heeft de alimentatieverplichting te wijzigen in omstandigheden waarin de redelijkheid dit vereist.⁶⁰ Daarbij kan zeker ook worden gedacht aan de situatie waarin de alimentatiegerechtigde gaat samenwonen. Interessant is in dit verband het gegeven dat in 1978 in Zweden een soortgelijke bepaling als 1:160 BW is geschrapt en dat daar voortaan een reeds bestaande, op artikel 1:401 BW lijkende, bepaling werd toegepast. De reden was ook daar dat gevreesd werd dat eerstgenoemde bepaling mensen ertoe zou brengen om niet te hertrouwen, maar met een nieuwe partner te gaan samenwonen.⁶¹

In verband met de zeer ingrijpende consequenties die aan de toepassing van art. 1:160 BW zijn verbonden geeft de Hoge Raad aan het begrip 'samenleven met een ander als waren zij gehuwd' een zeer beperkte uitleg. Een 'samenleving met een ander als waren zij gehuwd' heeft de kenmerken van een normale huwelijksverhouding,⁶² waaronder volgens de Hoge Raad dient te worden verstaan: 'die volledige, tot lotsverbondenheid leidende levensgemeenschap, welke het kenmerk is van een normaal huwelijk'.⁶³ In ieder geval is vereist dat de partners samenwonen en elkaar we-

⁵⁶ Zie het voorbeeld genoemd door Davids, a.w. n. 55, p. 77-78; J.A. Nota 'Gewoon samenwonen', in: *Twee mensen en het recht*, pp. 60-65, p. 61.

⁵⁷ A.S. Hartkamp en W. Snijders, 'Het nieuwe BW en de ongehuwd samenwonenden', in: *Henriquez bundel*, pp. 135-153, pp. 152-153.

⁵⁸ Hij die opzettelijk iemand tot wiens onderhoud, verpleging of verzorging hij krachtens wet of overeenkomst verplicht is, in een hulpeloze toestand brengt of laat, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vierde categorie; J.A. Nota, a.w. n. 56, p. 61: HR 8 mei 1951, NJ 1951, 523; HR 18 februari 1958, NJ 1958, 373, ook indien de persoon op bijstand mag rekenen.

⁵⁹ E. Cohen Henriquez en J.K. Moltmaker, *Privaatrechtelijke en fiscale aspecten van samenlevingsvormen buiten huwelijk*, preadviezen KNB, Kluwer, Deventer, 1977, pp. 27-28 en 67-68; Straver et al, a.w. n. 36, pp. 255-257; *Commissie Alimentatienormen rapport*, 7 maart 1978, p. 20.

⁶⁰ Asser-De Boer, p. 464.

⁶¹ A. Agell, Samenwonen zonder huwelijk, in: C.D. Saal en C.J. Straver (red.) *Samenleven in Meer-
voud, juridische en sociologische aspecten van het samenwonen zonder huwelijk*, pp. 192-214, pp. 197-198.

⁶² HR 25 november 1977, NJ 1978, 291.

⁶³ HR 2 april 1982, NJ 1982, 374 m. nt. Luijten.

derzijds verzorgen.⁶⁴ Voorts geldt als belangrijke eis dat de partners een economische eenheid vormen.⁶⁵

Beschouwing

Het ontbreken van een wettelijke regeling van de alimentatieverplichting voor samenwonenden zal in bepaalde situaties tot onbevredigende resultaten leiden. Het ontbreken van deze verplichting zal met name problemen kunnen opleveren in situaties waarin een van de partners in verband met het huishouden en de verzorging van de kinderen langdurig niet heeft gewerkt of een veel lager inkomen heeft dan de andere partner. In de meeste gevallen waarin een onderhoudsverplichting gerechtvaardigd en wenselijk is, lijkt de mogelijkheid van het aannemen van een tot een dergelijke strekkende stilzwijgende overeenkomst uitkomst te bieden. Toch valt te betwijfelen of in deze constructie voor de huidige situatie een afdoende oplossing is gelegen. Het mag opmerkelijk heten dat er geen rechterlijke uitspraken zijn over de omvang van de alimentatieverplichtingen tussen ongehuwden, zulks in schril contrast tot de onophoudelijke stroom van rechtszaken over draagkracht en behoefte in verband met de alimentatieverplichtingen van gehuwden.⁶⁶ Deze stilte is des te opvallender, omdat het toch in de lijn der verwachting ligt dat er geschillen zullen rijzen over de interpretatie van een eenmaal aangenomen stilzwijgende overeenkomst. Daarbij valt in het bijzonder te denken aan vragen met betrekking tot de duur en omvang van de alimentatieverplichting. Dat er in de meeste gevallen geen behoefte zou bestaan aan een alimentatieregeling lijkt in het licht van de demografische gegevens niet waarschijnlijk. Dat er in menig geval sprake zal zijn van economische afhankelijkheid laat zich onder meer afleiden uit het toenemende aantal ongehuwd samenwonenden die kinderen hebben (in 1995:130.000). Daarnaast bestaat bij oudere samenwonenden een verhoogd risico dat een van de partners ziek wordt en daardoor mogelijk economisch afhankelijk wordt van de andere partner.

De verklaring voor de afwezigheid van procedures over alimentatie tussen ex-samenwoners is te vinden in het publiekrecht. Het ligt voor de hand dat een ex-samenwoner die niet in staat is in zijn of haar onderhoud te voorzien, een beroep zal doen op de Algemene bijstandwet. Als echter de onderhoudsplicht tussen ex-samenwoners wettelijk geregeld zou zijn, zou de gemeente kunnen verlangen dat van de wettelijk aanspraak gebruik wordt gemaakt. Het zou in dat geval ook logisch zijn als de gemeente een eigen verhaalsrecht zou krijgen jegens de ex-leefgenoot.

Mocht het tot een wettelijke regeling van de onderhoudsverplichting tussen ex-samenwoners komen, dan is te verwachten dat de onderhoudsgerechtigde er in verreweg de meeste gevallen geen cent wijzer van wordt dan nu het geval is. Dit zou slechts anders zijn als de toepassing van de privaatrechtelijke normen draagkracht en behoefte, gelet op de levensstandaard van het paar, het gevolg zou hebben dat de alimentatie hoger is dan de bijstandsnorm. Aldus is denkbaar dat de ex-samenwoner voor wie champagne en kaviaar dagelijkse kost waren beter af zou zijn dan de ex-samenwoner die zich met slechts kruimige aardappels tevreden heeft moeten stellen.

⁶⁴ HR 22 februari 1985, NJ 1986, 82; HR 25 november 1994, NJ 1995, 299 m. nt de Boer.

⁶⁵ HR 22 februari 1985, NJ 1986, 82 m. nt. Luijten; *FJR* 1986, 112 m. nt. Hammerstein-Schoonderwoerd; HR 14 januari 1994, NJ 1994 333; HR 25 november 1994, NJ 1995, 299, m. nt. de Boer.

⁶⁶ *Personen- en Familierecht*, Kluwer, Aant. art 1:157 (S.F.M. Wortmann).

Dat het hierbij niet om een louter denkbeeldige situatie gaat blijkt uit het hiervoor besproken empirisch onderzoek van Van der Avort, dat heeft uitgewezen dat samenwonenden zich vooral op de midden en hogere sociale niveaus bevinden. Het komt mij als redelijk voor dat de onderhoudsgerechtigde die aan een hogere levensstandaard gewend is geraakt, dienovereenkomstig alimentatie zou ontvangen.

Naar huidig recht ligt de drempel voor het voeren van een procedure om het onderhoud te vorderen waarschijnlijk te hoog, gelet op de proceskosten en de hiervoor besproken onzekerheden of een onderhoudsverplichting zal kunnen worden vastgesteld.

Het lijkt mij voorts redelijk dat, ook als het bedrag dat de onderhoudsplichtige overeenkomstig de privaatrechtelijke normen moet betalen beneden het niveau van de bijstaand ligt, het geld aan de gemeente ten goede komt. Voorkomen moet immers worden dat de ex-leefgenoot die een financieel dominante positie innam tijdens de relatie in een betere positie tegenover de gemeente zou komen te verkeren dan de ex-echtgenoot.

Ook de theorie op het punt van de alimentatie is onbevredigend. Bij de bespreking van de goederen in de samenwoningsrelatie zal ik nader ingaan op de bezwaren tegen de rechtsfiguur van de stilzwijgende overeenkomst in de relatie tussen samenwonenden. Hier volsta ik met de volgende. Volgens het huidige recht moet de partij die alimentatie wil vorderen de aanwezigheid van een stilzwijgende overeenkomst bewijzen. Ik betwijfel echter of in de overeenkomst wel de juiste rechtsgrond is gelegen voor het toekennen van alimentatie tussen ex-samenwonenden. Mijns inziens zou de rechtsgrond dezelfde dienen te zijn als die voor de alimentatieverplichting van gehuwden en ex-gehuwden. Deze rechtsgrond is door de Hoge Raad als volgt verwoord: 'de levensverhouding, zoals die door het huwelijk is geschapen en die haar werking, zij het in beperkte omvang behoudt, ook al wordt de huwelijksband geheel of ten dele geslaakt.'⁶⁷ De levensverhouding van de partijen tijdens de samenwoning, de invulling die zij aan hun relatie geven, is iets anders dan een overeenkomst. Mijns inziens is de grondslag voor de alimentatieverplichting gelegen in de levensverhouding waarin partijen tijdens de samenwoning tot elkaar staan, anders gezegd in de invulling die de partners aan hun relatie geven. Ze is, in de bewoordingen van recente rechtspraak van de Hoge Raad, gelegen in de levensgemeenschap die tussen partijen tijdens hun relatie is ontstaan⁶⁸. Weliswaar zal in veel gevallen een stilzwijgende overeenkomst uit de levensverhouding van de partijen kunnen worden afgeleid, maar dit zal niet altijd het geval zijn. Zoals hiervoor al is opgemerkt kan een alimentatieverplichting immers eveneens gebaseerd zijn op een door de ene jegens de andere partner gepleegde onrechtmatige daad of op ongerechtvaardigde verrijking van de ene partner ten koste van de ander. Deze positiefrechtelijke aanknopingspunten voor het aannemen van een alimentatieverplichting zijn mijns inziens echter alle terug te voeren op de levensgemeenschap die tussen partijen door het samenwonen is ontstaan.

Zowel om deze doctrinaire reden als om de hiervoor genoemde praktische redenen komt een speciaal op de alimentatieverplichting van samenwonenden toegesneden wettelijke regeling mij zeer wenselijk voor.

⁶⁷ HR (derde kamer) 28 september 1977, NJ 1978, 432 m. nt. Luijten, geciteerd door Davids, *a.w.* n. 55, p. 83; HR 14 november 1997, NJ 1998, 112 o.w. 3.3.

⁶⁸ HR 14 november 1997, NJ 1998, 112 o.w. 3.3.

Mogelijke oplossingen

Vanwege de verscheidenheid in de wijzen waarop de partners in de praktijk aan hun samenwoningsrelatie invulling geven en in de verschillende bedoelingen die hun daarbij voor ogen staan, is het niet eenvoudig een regeling te treffen waarbij voldoende onderscheid wordt betracht tussen relaties waarvoor een onderhoudsregeling wel passend zou zijn en relaties waarvoor deze achterwege zou moeten blijven. De regeling zou in een onderhoudsverplichting moeten voorzien voor de in het NISSO-onderzoek onderscheiden categorie van 'samen-delers', maar niet voor de 'samen-zelfstandigen'. Volgens het voorstel van Davids zou de verplichting alleen ontstaan wanneer

'een samenleving zo innig was, dat er een lotsverbondenheid is ontstaan, die de plicht tot een billijke vereffening van haar economische nadelen doet ontstaan'.⁶⁹

Deze definitie heeft het voordeel dat ze aansluit bij het begrip 'lotsverbondenheid' dat in de rechtspraak over artikel 1:160 BW is te vinden. Met dit begrip kan de Nederlandse rechter goed uit de voeten. Bovendien, zoals ik hieronder aan de hand van een bespreking van de Canadese regelingen zal verdedigen, is het zeker toe te juichen dat 'economisch nadeel' een integraal onderdeel vormt van het begrip.

In andere voorstellen is aansluiting gezocht bij de duur van de relatie,⁷⁰ bij het criterium van economische verzorging⁷¹, dan wel bij een combinatie van beide. Een voorbeeld van het laatste biedt het voorstel van Minkenhof volgens wie aan de volgende drie vereisten moet worden voldaan:

- (a) er is een langdurige samenleving geweest, van minimaal tien jaar, of de alimentatiebehoefte verzorgt de gemeenschappelijke kinderen of kinderen van de kostwinner of heeft deze verzorgd;
- (b) de alimentatiebehoefte is behoeftig in strikte zin;
- (c) er bestaat een causaal verband tussen de behoefte en het geweest zijn van huishoudelijke partij.⁷²

Dit voorstel voegt een tijds criterium toe aan het voorstel van Davids. Bovendien is het zeer specifiek over de oorzaak van de afhankelijkheid. Beide elementen verdienen bespreking.

De duur van de relatie

Artikel 408b van het ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek van de Nederlandse Antillen en van Aruba (1997) luidt:

'Hebben twee personen langdurig samengeleefd als waren zij gehuwd en is aan deze samenleving anders dan door de dood een einde gekomen, dan kan de rechter, indien dat redelijk is, aan een van hen op diens verzoek ten laste van de ander een uitkering tot levensonderhoud toekennen. Het bepaalde omtrent een uitkering tot levensonderhoud aan een gewezen echtgenoot is van overeenkomstige toepassing.'

⁶⁹ Davids, *o.w.* n. 55, p. 84.

⁷⁰ P.P. Lampe, 'Alimentatie en concubinaat', *NJB* 1975 1163.

⁷¹ A.M. van de Wiel, 'Alimentatie en concubinaat' *NJB* 1976, 191.

⁷² A.A.L. Minkenhof, 'Enkele betwistbare stellingen ter animering van de discussie' met reactie P. Neleman, 'De positie van de huishoudelijke partij', in: *Relatiefvrijheid en recht*, pp. 119-137.

Dezelfde bepaling staat overigens, niet geheel toevallig,⁷³ opgenomen in het ontwerp BW van Eritrea, artikel 708 van Boek 1.⁷⁴

Naar aanleiding van deze bepaling kan discussie ontstaan over de vraag 'hoe lang is een langdurige samenleving?' Twee jaar? Vijf jaar? Tien jaar? Langdurigheid is een betrekkelijk begrip waarin een cultureel element schuilt. Als de gemiddelde samenwoning slechts achttien maanden duurt, is een samenwoning van twee jaar lang. Voorts kan de duur van de gemiddelde samenwoning verschillen al naar gelang van de leeftijd van de betrokkenen. Waarschijnlijk bestaat er op de Nederlandse Antillen behoefte aan een betrekkelijk open regeling.

Een groter bezwaar is dat het NISSO-onderzoek heeft uitgewezen dat de duur van de relatie geen goede maatstaf is voor het al dan niet aanwezig zijn van een onderhoudsverplichting. Uit de duur van de relatie alleen kan niet worden afgeleid welk relatiemodel de partners nastreven, welke afspraken hiertoe tussen hen zijn gemaakt en welke invulling zij aan hun relatie hebben gegeven.⁷⁵ Ook in het geval van een kortdurende relatie is goed denkbaar dat de partners de bedoeling hebben elkaar te onderhouden en zij ook naar dit voornemen handelen. Ik acht het bezwaarlijk dat de Nederlands-Antilliaanse regeling in dergelijke situaties geen uitkomst biedt.

De oorzaak van de afhankelijkheid

Als er weliswaar sprake is van een langdurige relatie, maar de aard daarvan en de bedoelingen van de partners zich tegen een onderhoudsverplichting verzetten, heeft de Antilliaanse rechter de (discretionaire) bevoegdheid een onderhoudsverplichting vast te stellen 'indien dat redelijk is.' De vraag rijst of deze bepaling niet wat al te open is. Volgens de Memorie van Toelichting dient de rechter te letten op alle omstandigheden van het geval, waarbij te denken valt 'aan leeftijd, gezondheidstoestand en arbeidsverleden, de tijdens de samenleving aangehouden rolverdeling, de duur van het concubinaat, het feit dat uit het concubinaat kinderen zijn geboren, de leeftijd van de kinderen, eventuele afspraken ter zake, enz.'⁷⁶ Naar mijn mening zou deze bevoegdheid van de rechter beperkt moeten blijven tot de situatie waarin de partners een zodanige invulling aan hun relatie hebben gegeven dat de ene partij economisch afhankelijk is geworden van de andere partij.

Bij het huwelijk geldt dit causaal verband daarentegen niet. Raakt een echtgenoot na de scheiding invalide, dan kan deze wel om wijziging (verhoging of begin van alimentatiebetaling) verzoeken. Dat de eis van causaliteit ten aanzien van alimentatieverplichtingen tussen ex-samenwoners wel moet worden gesteld, is terug te voeren op de aard van de samenwoningsrelatie. Samenwoning heeft eerder dan het huwelijk een tijdelijk en voorwaardelijk karakter. Het overheersende beeld is dat het bij een samenwoningsrelatie niet gaat om een 'door dik en dun' samen zijn, maar eerder om een samen zijn 'zolang het goed gaat'. Het vereiste van het causaal ver-

⁷³ Boek 1 van het ontwerp BW van Eritrea is namelijk ontworpen door Jan de Boer en mijzelf.

⁷⁴ Ontwerp BW van Eritrea, Boek 1, artikel 708:

(1) *If two parties have lived together for a long time as if they were married and the relationship has broken down, the court may, upon request, order the provision of maintenance by one of the former cohabitantes to the other former cohabitee.*

(2) *The court shall make such order as is reasonable in the circumstances.*

(3) *The provisions with respect to the obligation to provide maintenance by a former spouse are applicable mutatis mutandis.*

⁷⁵ Straver e. a., a.w. n. 36, pp. 247-8.

⁷⁶ Tekst van de ontwerp-landsverordening, zoals bij de Staten van de Nederlandse Antillen en die van Aruba is ingediend, Memorie van Toelichting, afdeling 4.

band leidt ertoe dat de alimentatieplicht wordt beperkt tot samenwoningsrelaties die zich kenmerken door een verdergaande onderlinge afhankelijkheid van de partners.

In het voorgestelde art. 408b van het Antilliaans Burgerlijk Wetboek wordt echter geen verband gelegd tussen de tijdens de relatie ontstane levensverhouding en de situatie daarna. In dat opzicht wijkt het af van de voorstellen van Minkenhof en Davids, die beiden de eis van een causaal verband stellen. Zo laat het voorgestelde 408b van het Antilliaanse BW de mogelijkheid open dat de rechter een onderhoudsverplichting vaststelt in een geval waarin de partners tijdens de relatie economisch onafhankelijk van elkaar waren, maar waarin kort na de beëindiging van de relatie een van de partners failliet gaat of ten gevolge van gezondheidsproblemen niet meer in staat is zichzelf te onderhouden. Een verlies van inkomen van een van de voormalige partners ten gevolge van een slechte gezondheid kan een reden zijn hem of haar financieel tegemoet te komen, maar deze onmogelijkheid om in het eigen onderhoud te voorzien heeft niets met de relatie te maken en behoort dan ook niet de verantwoordelijkheid te zijn van de andere partner. Ik verwacht niet dat de Antilliaanse rechter de bepaling op deze wijze zal interpreteren, maar ik acht het wenselijk dat de gronden voor de bevoegdheid van de rechter nader worden aangegeven. Uit de hierna te bespreken Canadese wetgeving blijkt dat een nadere afbakening van de rechterlijke bevoegdheid op zichzelf goed denkbaar is, maar tevens dat er weinig overeenstemming is over de wijze waarop deze afbakening in de praktijk gestalte moet krijgen.

In de meerderheid van de Canadese provincies en 'territories' is wettelijk geregeld in welke gevallen een partij aanspraak kan maken op alimentatie ten laste van degene met wie hij of zij samenwoont of samengewoond heeft. In deze gevallen verklaren al deze wettelijke regelingen de bepalingen die gelden voor (ex)echtgenoten van overeenkomstige toepassing. In Manitoba bestaat een alimentatieverplichting 'indien een man en een vrouw, niet met elkaar gehuwd zijnde, ononderbroken gedurende een periode van niet minder dan vijf jaar hebben samengewoond in een relatie waarin de verzoeker voor het levensonderhoud in belangrijke mate van de ander afhankelijk is geweest en het verzoek wordt ingediend terwijl de man en vrouw nog samenwonen of binnen een jaar na de beëindiging van de samenwoning'.⁷⁷ Nova Scotia kent een alimentatieverplichting indien 'een man en een vrouw, niet met elkaar gehuwd zijnde, gedurende een jaar als man en vrouw samenwonen'.⁷⁸ Daartegenover kent Quebec geen alimentatieverplichting voor ex-samenwonenden. Het ontbreken van een dergelijke bepaling is opmerkelijk, omdat deze deelstaat van alle Canadese deelstaten het hoogste percentage aan samenwonenden kent.⁷⁹ Op grond van section 29 van de Ontario Family Law Act,⁸⁰ is dezelfde onderhoudsverplichting die geldt voor echtgenoten⁸¹ ook van toepassing op een man en een vrouw of twee

⁷⁷ Family Maintenance Act, R.S.M. 1987, c. F20, s. 4(1). 'where a man and a woman, not being married to each other, have cohabited continuously for a period of not less than five years in a relationship in which the applicant has been substantially dependent upon the other for support, if an application under this Act is made whilst they are cohabiting or within one year after they cease cohabiting...'

⁷⁸ Family Maintenance Act, s. 2(1), 'a man and a woman who, not being married to each other, live together as husband and wife for one year.' online: <http://legis.acjnet.org/>

⁷⁹ M. Bailey, *Law Commission of Canada Contract (Personal Relationships)*, Ottawa, 1998, p. 64.

⁸⁰ R.S.O. 1990, c. F.3, s. 29

⁸¹ Section 30: Every spouse has an obligation to provide support for himself and herself and for the other spouse, in accordance with need, to the extent that he or she is capable of doing so. De doelen van de alimentatieverplichting zijn in section 33(8) neergelegd: recognition and compensation

personen van hetzelfde geslacht die niet met elkaar zijn gehuwd en die met elkaar hebben samengewoond

- (a) gedurende een ononderbroken periode van niet minder dan drie jaar, of
- (b) in een relatie van enige bestendigheid, indien zij de biologische of adoptieve ouders zijn van een kind.⁸²

Samenwonen (*cohabitation*) wordt in section 1(1) van de Ontario Family Law Act wet gedefinieerd als: 'samenwonen in een met het huwelijk op een lijn te stellen relatie' ('*to live together in a conjugal relationship*'). Bij de interpretatie van de begrippen 'samenwoning' (*cohabitation*) en 'met het huwelijk op een lijn te stellen relatie' (*conjugal relationship*) zijn de rechters twee verschillende richtingen opgegaan. Sommige rechters hebben vooral de nadruk gelegd op de economische verhouding tussen de partijen. Zo kon er volgens de rechter in *Stoikiewicz v Filas*⁸³ geen sprake zijn van samenwoning in de zin van section 29, tenzij de partners op dezelfde wijze als echtgenoten plegen te doen een onderhoudsverplichting op zich hadden genomen.⁸⁴ Omdat beide partners in *Stoikiewicz* economisch zelfstandig waren, was er volgens de rechter geen sprake zijn van samenwoning als bedoeld in section 29. Door veel andere rechters werd deze zuiver economische benadering te beperkt gevonden.⁸⁵ Zij waren van oordeel dat onderzocht moet worden of de relatie *in functioneel opzicht* vergelijkbaar is met een huwelijk.⁸⁶ Daarbij hebben sommige rechters het noodzakelijk gevonden om een checklist te hanteren van allerlei mogelijke functies van het huwelijk zoals daar zijn op het gebied van het onderdak, de seksuele en persoonlijke relatie, het verrichten van diensten, het sociale leven van de partners, de relatie tot de samenleving, het levensonderhoud, de eigendomssituatie en kinderen.⁸⁷ Het is echter onhaalbaar gebleken om in alle situaties een strikt onderscheid te maken tussen de economische verhouding en de andere functies van de samenwoning. In *Re Harris and Godkewitsch*⁸⁸ vloeien deze factoren samen waar de rechter zijn oordeel dat de partijen samenwoonden in de zin van section 29 baseert op zijn bevindingen dat de vrouw economisch afhankelijk was van de man en dat deze afhankelijkheid bevorderd werd door de aard van hun verhouding, die zich kenmerkte door liefde en gezelschap.

Als volgens de rechter vaststaat dat de partijen samenwonen in de zin van section 29 van de Family Law Act wordt doorgaans niet zwaar getild aan de andere door deze bepaling gestelde eisen. Als de partners gedurende drie jaar hebben samengewoond wordt die periode als ononderbroken aangemerkt, ook al hebben er feitelijk onderbrekingen in de samenwoning plaatsgevonden, mits geen van beide partners de intentie had om de relatie te beëindigen.⁸⁹ Als de partijen samenwonen en

→ *of contribution to the relationship, the promotion of self-sufficiency, the equality of parental responsibilities, and the relief of financial hardship, to the extent that this has not been done by orders in relation to Parts I and II of the Act (property readjustment).*

⁸² (a) continuously for a period of not less than three years, or
(b) in a relationship of some permanence, if they are the natural or adoptive parents of a child.

⁸³ (1978) 7 R.F.L. (2d) 366 (Ont. U. F.Ct.).

⁸⁴ *Ibid.*, p. 369-370.

⁸⁵ *Armstrong v Thompson* (1979) 23 O.R. (2d) 421 (S. Ct.).

⁸⁶ *Re Feehan and Attwells* (1979) 24 O.R. (2d) 248 (Co.Ct.), p. 251; *Sanderson v Russell* (1979) 24 O.R. (2d) 429 (C.A.).

⁸⁷ *Molodowich v Pentinnen* (1980) 17 R.F.L. (2d) (Ont. Distr. Ct.), Kurisko D.C.J., p. 381-2; *Routley v Dimitrieff* (1982) 36 O.R. (2d) 302 (Master).

⁸⁸ (1983) 41 O.R. (2d) 779 (Prov. Ct. Fam. Div.).

⁸⁹ *Re Feehan and Attwells* (1979) 24 O.R. (2d) 248 (Co.Ct.); *Sanderson v Russell* (1979) 24 O.R. (2d) 429 (C.A.); *Dicks v Zavitz* (1979) 13 R.F.L. (2d) 179 (Ont. Prov. Ct.).

een gezamenlijk kind hebben wordt bovendien al snel aangenomen dat er sprake is van een relatie met enige bestendigheid. In deze laatste situatie geldt overigens niet de eis dat de partijen drie jaar hebben samengewoond. Een samenwoning van elf maanden is in dat geval al voldoende.⁹⁰ In één geval werd zelfs een samenwoning van slechts zes weken voldoende geacht, aangezien de partijen trouwplannen hadden.⁹¹ Daarentegen werd geen relatie met enige bestendigheid aangenomen in een geval waarin de partners wel gezamenlijk een kind hadden, maar waarin beiden een eigen huis hadden en financieel onafhankelijk van elkaar waren, terwijl de partners slechts zeer kort, in afwachting van het gereedkomen van de verbouwing van het huis van de ander, hadden samengewoond.⁹²

De eerste benadering, waarin het criterium wordt gehanteerd of een partij economisch afhankelijk is van de andere, geeft de samenwonenden een zekere vrijheid om de vorm van hun relatie te bepalen: kiezen zij ervoor om een invulling te geven aan hun relatie waardoor de ene partner financieel afhankelijk wordt van de andere, dan heeft deze keuze gevolgen als zij uit elkaar gaan. Kiezen zij in hun relatie voor een onafhankelijkheidsmodel, zoals de 'vrije jongen-kostgangersrelatie',⁹³ dan ontstaat de onderhoudsverplichting niet. Voor het antwoord op de vraag van welke relatievorm sprake is wordt niet alleen gekeken naar de bedoelingen van de partners, maar ook naar de wijze waarop de partners daadwerkelijk invulling geven aan hun relatie. De keuze van de partners weerspiegelt in wezen de keuze tussen het traditionele huwelijksmodel en het meer zelfstandige relatiemodel.⁹⁴ Een dergelijke benadering sluit ook aan bij de bevindingen in het NISSO-onderzoek waaruit bleek dat ongehuwd samenwonenden zich duidelijk onderscheiden naar de bedoeling die zij met hun relatie voorstaan en naar de wijze waarop zij elkaar feitelijk onderhouden.⁹⁵

Als blijkt dat de ene partner tijdens de relatie feitelijk onderhouden is door de andere, zou de rechter de bevoegdheid moeten hebben om na de beëindiging van de relatie op verzoek en ten behoeve van de partij die daarvoor in aanmerking komt, een onderhoudsvoorziening te treffen. Deze toekenning dient te geschieden onder dezelfde voorwaarden als van toepassing zijn op ex-echtgenoten. Er dient dan ook rekening te worden gehouden met factoren als de behoefte, draagkracht, en andere omstandigheden, zoals het gedrag van de eisende partij⁹⁶. Om de hiervoor uiteengezette redenen zou ik de vaststelling van een onderhoudsplicht in dit soort gevallen willen beperken tot de situatie waarin sprake is van economisch afhankelijkheid van de ene partij ten opzichte van de andere. Het is de formulering van Davids die deze door mij bepleite link tussen de vereiste levensverhouding en het aspect van de economische afhankelijkheid goed tot uiting brengt.

Evenals de Nederlands-Antilliaanse bepaling bevatten de Canadese bepalingen een vereiste met betrekking tot de duur van de relatie. Uit het NISSO-onderzoek blijkt dat de duur van de relatie noch betrouwbare indicatie is voor de bedoeling van de partners, noch voor hun feitelijk handelen met betrekking tot de onderhouds-

⁹⁰ *Donheim and Irwin* (1978) 6 R.F.L. (2d) 242 (Ont. Prov. Ct.).

⁹¹ *Labbe v McCullough* (1979) 23 O.R. (2d) 536.

⁹² *Batiuk v Batiuk*, Ont. Fam. Ct., Kenora, Doc. No. D111, Little Prov. Ct. J., August 24, 1989.

⁹³ Rb Amsterdam 30 oktober 1974, NJ 1975, 259.

⁹⁴ M. A. Glendon, 'Het modern huwelijksrecht en zijn impliciete veronderstellingen', in: C.D. Saal en C.J. Straver (red.) *Samenleven in meervoud*, pp. 50-69.

⁹⁵ Straver e.a. a.w. n. 36, pp. 128-130.

⁹⁶ J. de Boer, (1998), *Mr C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Personen- en familierecht*, Tjeenk Willink, Deventer, 1998, §§ 628-629.

plicht.⁹⁷ Het opnemen van een dergelijke beperking is daarom af te raden. Het hier bepleite verband tussen de levensverhouding en de economische afhankelijkheid van de partners is mijns inziens een voldoende maatstaf voor de rechterlijke vaststelling van een onderhoudsplicht.

De relevantie van het verzorgen of hebben verzorgd van kinderen

Section 9 van de Ontario Family Law Act, die voor de rechterlijke bevoegdheid om een onderhoudsvoorziening te treffen de voorwaarden stelt dat er enige permanentie is in de samenwoning en dat de partners een gezamenlijk kind hebben, ziet op een situatie waarin veelal ook sprake zal zijn van vorenbedoelde economische afhankelijkheid.⁹⁸

Ook de twee Australische Territories New South Wales en Australian Capital Territory kennen regelingen die zich kenmerken door een speciale zorg voor de partner met kinderen. In New South Wales is de rechter bevoegd een onderhoudsvoorziening te treffen ten behoeve van de partij die niet in staat is in de eigen levensbehoefte te voorzien, omdat hij of zij de zorg heeft van een uit de relatie met de wederpartij geboren kind of van een ander kind van de wederpartij. Het kind mag de leeftijd van twaalf jaar niet hebben overschreden. In het geval van een gehandicapt kind wordt deze leeftijdsgrens bepaald op zestien jaar.⁹⁹ De Domestic Relationships Act 1994 in het Australian Capital Territory¹⁰⁰ bevat een vergelijkbare bepaling.

Het is de vraag of het hebben van de zorg voor een kind als zelfstandige eis in de wet moeten worden opgenomen. Welke de consequenties zijn van dit criterium hangt van veel factoren af, zoals de werkgelegenheid, de herscholingsmogelijkheden en de maatschappelijke voorzieningen ten behoeve van de verzorgende ouder. In New South Wales komt de niet-verzorgende ouder van een gehandicapt kind mijns inziens veel te gemakkelijk onder zijn of haar verplichtingen uit. Met het oog op de emancipatie lijkt het me voorts bepaald niet wenselijk dat de wetgever kennelijk van de veronderstelling uitgaat dat een ouder erop achteruit gaat door voor de kinderen te moeten zorgen. Het is wel realistisch om met de zorg voor kinderen rekening te houden, maar het is niet nodig om de zorg voor kinderen als zodanig als criterium in de wet op te nemen. Ook deze situatie wordt mijns inziens voldoende bestreken door de wettelijke eis van een uit de levensverhouding tussen de partners voortvloeiende economische afhankelijkheid. In de toelichting bij de wet als voorbeeld van een dergelijke situatie kan worden gewezen op het verzorgen van kinderen.

Geen aansluiting bij gehuwden

In de Canadese wetgeving staat de gelijkstelling tussen gehuwden en ongehuwden centraal. De rechter is slechts bevoegd een onderhoudsregeling te treffen indien de partners 'als man en vrouw samenwonen'. Deze gelijkstelling als uitgangspunt voor de bevoegdheid van de rechter verdient mijns inziens geen navolging. Ze leidt tot problemen als het gaat om paren van hetzelfde geslacht en houdt geen rekening met de wens van het paar om niet als gehuwd te worden behandeld. Terecht geeft een Commissie uit de Engelse vereniging van advocaten, die de mogelijkheden om de positie van samenwonenden te regelen recentelijk heeft onderzocht, de voorkeur aan de definitie zoals deze voorkomt in de Domestic Relationship Act 1994 van de

⁹⁷ Straver e.a., a.w. n. 36, pp. 247-8.

⁹⁸ Sociaal en cultureel rapport 1998, hfst 8.

⁹⁹ Property Relationships Act 1984, No. 147, section 27(1)(a) zoals gewijzigd.

¹⁰⁰ Domestic Relationships Act 1994, section 19.

Australische Capital Territories. Deze regeling voorziet in een mogelijke onderhoudsregeling in geval van:

*A personal relationship (other than a legal marriage) between two adults in which one provides personal or financial commitment and support of a domestic nature for the material benefit of the other.*¹⁰¹

Ook bij dit criterium sluit het voorstel van Davids aan.

Limitering

In het voorstel van de Engelse advocatenvereniging, dat overigens geen officiële status heeft, is geopperd dat de alimentatieverplichting normaal gesproken voor een periode van drie jaar vanaf het moment van het uit elkaar gaan zou dienen te gelden. Voor een verlenging van de duur van de onderhoudsplicht zou slechts aanleiding kunnen bestaan in gevallen van extreme financiële behoefte. Dit voorstel is ontleend aan section 9(1)(d) van de Family Law (Scotland) Act 1985.¹⁰² Mits er geen kinderen zijn zal een onderhoudsverplichting van deze beperkte duur in de regel voldoende zijn om de economisch afhankelijke partner tegemoet te komen bij het inspielen op de financiële gevolgen van de beëindiging van de relatie.

Een andere manier om de onderhoudsplicht te beperken is het hanteren van specifieke doeleinden. Het gaat hierbij in feite om een nadere precisering van het begrip behoefte. Een voorbeeld biedt de reeds genoemde De Facto Relationships Act 1984 van New South Wales (Australië) die het treffen van een onderhoudsregeling onder andere beperkt tot de situatie waarin de alimentatiebehoefte moet zorgen voor een kind dat jonger is dan twaalf jaar. Deze regeling voorziet er voorts in dat, indien de alimentatiebehoefte partner als gevolg van de wijze waarop aan de relatie invulling werd gegeven niet in staat is om in zijn of haar eigen levensonderhoud te voorzien, de rechter een alimentatievoorziening kan treffen. Daartoe moet de rechter ervan overtuigd zijn dat de te treffen voorziening het vermogen van de alimentatiebehoefte om in zijn of haar levensonderhoud te voorzien zal vergroten, bijvoorbeeld door het de alimentatiebehoefte mogelijk te maken een opleiding te gaan volgen. Meer in het algemeen wordt de eis gesteld dat de toekenning van de alimentatie redelijk is.¹⁰³ Op grond van deze regeling is de rechter niet bevoegd een onderhoudsverplichting vast te stellen indien de alimentatiebehoefte ten gevolge van ziekte of gevorderde leeftijd niet in staat is in het eigen levensonderhoud te voorzien en deze problemen ook niet door een training of cursus kunnen worden verholpen. Deze personen zullen dan aangewezen zijn op de sociale en maatschappelijke voorzieningen.

In sommige landen waar wel een wettelijke regeling voor samenwonenden is getroffen, is bewust van een wettelijke regeling van de onderhoudsverplichting afgezien. Daarbij valt in het bijzonder te denken aan Zweden, dat echter, zoals hierna nog aan de orde zal komen, sinds 1988 een uitgebreide regeling met betrekking tot de

¹⁰¹ Section 3(1); H. Rogers, 'Cohabitation Committee Report to the National Committee', *Solicitors Family Law Association Review*, June 1999, p. 6.

¹⁰² *Ibid.*, p. 8.

¹⁰³ De Facto Relationships Act 1984, section 27(1)(b): 'a court may make an order for maintenance... where the court is satisfied... (b) that the applicant is unable to support himself or herself adequately because the applicant's earning capacity has been adversely affected by the circumstances of the relationship and, in the opinion of the court:

(i) an order for maintenance would increase the applicant's earning capacity by enabling the applicant to undertake a course of programme of training or education, and
(ii) it is, having regard to all the circumstances of the case, reasonable to make the order.'

goederen van de (ex)partners kent. Dit verschil kan ten dele worden verklaard uit een verschil van uitgangspunten ten aanzien van partneralimentatie. Ten aanzien van echtgenoten onderling werd er in Zweden slechts in een zeer beperkt aantal gevallen tot het opleggen van een alimentatievoorziening overgegaan.¹⁰⁴ In Nederland is partneralimentatie, ondanks de Wet limitering alimentatie, echter nog steeds belangrijk. Uit een recente uitspraak van de Hoge Raad blijkt, zij het ten aanzien van een overgangsgeval, hoe terughoudend de Nederlandse rechter omgaat met de limiteringsregel.¹⁰⁵ De reden voor deze terughoudendheid zal daarin gelegen zijn dat de maatschappelijke omstandigheden in Nederland nog steeds in de hand werken dat vrouwen regelmatig economisch afhankelijk zijn van hun mannelijke partners.¹⁰⁶ Dezelfde factoren zijn echter van toepassing op ongehuwde ex-samenwoners.

Een andere verklaring voor de afwezigheid van een alimentatieregeling voor samenwonenden in het Zweedse recht is gelegen in de regeling met betrekking tot goederen van samenwonenden. Deze heeft tot gevolg dat behoefteigheid van (een van) de partners na het verbreken van de relatie zich niet snel zal voordoen. Hierna zal deze goederenrechtelijke regeling onder de loep worden genomen.

Aanbeveling

Het Nederlands Burgerlijk Wetboek zou moeten voorzien in de bevoegdheid van de rechter om, ten laste van de ex-partner, alimentatie aan een ex-samenwoner toe te kennen, indien er sprake is van economische afhankelijkheid die het gevolg is van de wijze waarop de partners aan hun relatie invulling hebben gegeven. Mede in het licht van de voorgaande rechtsvergelijkende notities spreekt mij het voorstel van Davids nog het meest aan. Gelet op hetgeen hiervoor is vermeld over de twee verschillende interpretaties van de wetgeving in Ontario ben ik van mening voor het treffen van een onderhoudsregeling essentieel is dat er sprake is van *financiële* verstengeling en lotsverbondenheid tussen de partners. Terecht wordt in het voorstel van Davids, anders dan de Canadese bepalingen, geen vergelijking gemaakt met gehuwden. Terecht legt het voorstel Davids, anders dan het Antilliaanse voorstel, een verband tussen de behoefteigheid en de wijze waarop de partners hun relatie hebben ingevuld. Terecht rept het voorstel Davids, anders dan de Australische bepalingen, niet van afhankelijkheid die het gevolg is van zorg voor de kinderen. Juist omdat het hier gaat om een vangnetbepaling, is het van belang om geen limitatieve wettelijke opsomming van verschillende mogelijke oorzaken van de economische afhankelijkheid in de wet op te nemen. Bovendien strookt het niet met het emancipatiebeleid van de regering om de opvoeding van kinderen in de wet aan te merken als een mogelijke oorzaak van

¹⁰⁴ Swedish Marriage Code SFS 1987: 230 gewijzigd tot en met SFS 1994:1118, Part Three, Chapter 6, section 7: *Following a divorce, each spouse shall be responsible for his or her own support. If a contribution towards the maintenance of either spouse is needed for a transitional period, that spouse shall be entitled to receive maintenance payments from the other spouse on the basis of what is reasonable in view of the latter's ability and other circumstances.*

If either spouse has difficulty in supporting him- or herself after a marriage of long duration has been dissolved or there are other extraordinary reasons, that spouse shall be entitled to maintenance payments from the other spouse for a longer period than is stated in the second paragraph.
¹⁰⁵ HR 26 maart 1999, NJ 1999, 653-655 m. nt Wortmann onder 655; S.F.M. Wortmann, 'Gevolgen van de scheiding: voortdurend van het gezamenlijk gezag en limitering van de alimentatie', in: *Het familierecht in het perspectief van de 21^{ste} eeuw*, VPFA Milleniumbundel, pp. 54-58.

¹⁰⁶ Sociaal en cultureel rapport 1998, hfst 8 (Emancipatie), pp. 222-228.

economische behoefte. De Nederlandse bepaling zou in een nieuwe afdeling van Titel 9 van boek 1 BW moeten worden opgenomen.

De goederen van samenwonenden

Er ontstaat in principe geen gemeenschap van goederen tussen ongehuwd samenwonenden, tenzij er een overeenkomst met die strekking is gesloten of uit de omstandigheden van een stilzwijgende overeenkomst met betrekking tot de goederen blijkt. In de jaren zeventig is een aantal rechterlijke uitspraken gedaan waarbij de wettelijke gemeenschap van goederen van overeenkomstige toepassing is verklaard op samenwonenden. Daarbij werd uitgegaan van een analogie tussen de samenwoningsrelatie en het huwelijk. Dit deed bijvoorbeeld de rechtbank Groningen in een uitspraak van 5 november 1976 in een zaak waarin de ene partner beweerde een bedrag van fl. 5000 aan de andere te hebben geleend. De ontvangende partner, die het geld aan meubels had besteed, ontkende echter dat er sprake was van een lening. Naar het oordeel van de rechtbank bestond tussen de partijen een gemeenschap van goederen, hetgeen uitsloot dat er sprake kon zijn van een lening.¹⁰⁷

Deze ontwikkeling is snel afgekap. Al gauw luidde de heersende leer dat er geen sprake kon zijn van een analoge toepassing van de wettelijke gemeenschap van goederen op samenwonenden. Zo oordeelde het Hof 's Gravenhage op 5 januari 1977 (Klusjesmanarrest) dat de man na het verbreken van de samenleving geen recht had op het huis waarin hij samen met de vrouw had gewoond. Het huis stond op de naam van de vrouw en het Hof zag in de omstandigheden van het geval geen aanleiding voor het oordeel dat het huis in een tussen de partners bestaande gemeenschap van goederen zou vallen.¹⁰⁸ Hetzelfde ging op voor een tijdens een samenwoningsrelatie door de vrouw gekochte caravan, waarin de man na de verbreking van de relatie wilde wonen.¹⁰⁹ Voorts werd ten aanzien van samenwonenden geen mede-eigendom aangenomen van een tijdens de relatie verkregen hond (bouvier).¹¹⁰

De thans gevestigde rechtspraak werd ingezet met de uitspraak van de Hoge Raad van 16 januari 1987 (Bruinsma-Smit), waarin de Raad oordeelde dat 'voor het antwoord op de vraag of tussen samenlevende partners enige gemeenschap van goederen bestaat, beslissend is wat zij dienaangaande – uitdrukkelijk of stilzwijgend – zijn overeengekomen'.¹¹¹ Volgens de Raad had het Hof een onjuiste maatstaf aangelegd door te oordelen dat reeds op de grond dat de samenwonende partners ieder bepaalde uitgaven voor hun rekening namen, er geen sprake kon zijn van enige gemeenschap tussen de samenwonenden. Naar het oordeel van de Raad stond de enkele omstandigheid dat de partners aparte rekeningen hadden en ieder van hun gezamenlijke kosten bepaalde uitgaven voor hun rekening namen, er niet aan in de weg dat krachtens een overeenkomst tussen hen gemeenschap van één of meer vermo-

¹⁰⁷ NJ 1977, 407; Hof 's-Gravenhage 26 juni 1953, NJ 1954, 204; Rb Groningen 5 november 1976, rolno. 423/76, beide besproken door Henriquez, a.w. n. 59, p. 11 en pp. 34-35.

¹⁰⁸ NJ 1977, 569.

¹⁰⁹ Rb Amsterdam 21 juli 1983, KG 1983, 248.

¹¹⁰ HR 8 oktober 1982, NJ 1984, 2, m. nt. Brunner. De bouvier, die door de man was gekocht, had een auto-ongeluk veroorzaakt. Het slachtoffer kon geen schadevergoeding krijgen, omdat de man niet WA-verzekerd was. De vrouw, die wel was verzekerd en die het slachtoffer tegemoet wilde komen, deed een moedige, maar vergeefse poging om de rechter – en haar verzekeraar – ervan te overtuigen dat er ten opzichte van de hond mede-eigendom was ontstaan.

¹¹¹ NJ 1987, 912 mt. nt. Luijten, o.w. 3.3.

gensbestanddelen kan hebben bestaan. Voorts sluit deze omstandigheid niet uit dat de samenwonende partners als deelgenoten tezamen gerechtigd kunnen zijn geweest tot het tegoe op de rekening ten name van één van beiden.

Op 26 mei 1989 oordeelde de Hoge Raad in de Kermisboedelzaak dat het Hof 'bovendien onvoldoende inzicht' had 'gegeven in zijn gedachtengang door, zonder nadere redengeving, voor een stilzwijgende tot verrekening bij het einde van de samenwoning strekkende overeenkomst tussen de onderhavige partijen de eis te stellen dat het bestaan van de overeenkomst moet blijken uit de feitelijke financiële uitwerking van een samenleving, bijvoorbeeld doordat zij al hun inkomsten hebben samen-gevoegd om hieruit al hun uitgaven te bekostigen'.¹¹²

Deze benadering van de Hoge Raad sluit goed aan bij de bevindingen van de socioloog Van der Avort. Deze identificeerde drie manieren waarop samenwonende partners die beiden een eigen inkomen hebben, een financiële deling kunnen bewerkstelligen. In de eerste constructie worden beide inkomens op één gezamenlijke rekening gestort. In de tweede constructie wordt een groot deel van beider inkomens op een of meer gezamenlijke rekeningen gestort, terwijl de rest gelijkelijk wordt verdeeld over ieders individuele rekeningen. In de derde constructie gaan de inkomens van de partners naar individuele rekeningen en worden er afspraken gemaakt zodat elk naar draagkracht bijdraagt aan gezamenlijke uitgaven en verder individueel beschikt over het min of meer gelijke restant.¹¹³

Uit de Kermisboedelzaak blijkt voorts dat de stilzwijgende overeenkomst soms de strekking kan hebben, niet om een gemeenschap van goederen in het leven te roepen tussen de partijen, maar om een onderlinge verrekeningsplicht te bewerkstelligen in het geval van beëindiging van de relatie. Uit het arrest Smit-Bruinsma blijkt dat een beroep op een stilzwijgende overeenkomst niet noodzakelijkerwijs hoeft af te ketsen op de afwezigheid van een gezamenlijke rekening. Andersom geldt dat de aanwezigheid van een gezamenlijke rekening niet altijd tot het bewijs zal kunnen strekken dat stilzwijgend tussen partijen is afgesproken dat een gemeenschap zal ontstaan.

De bedoeling van de partijen kan soms worden afgeleid uit de bron waaruit de middelen afkomstig zijn. Toen een bedrag van fl. 272.672,45 als schadevergoeding voor een door de man in Australië opgelopen ongeluk was overgemaakt naar een op naam van beide partners staande rekening-courant, oordeelde het Hof Amsterdam dat de gezamenlijke rekening in deze omstandigheden geen bewijs opleverde voor een stilzwijgende overeenkomst op grond waarvan dit bedrag in de gemeenschappelijke boedel zou moeten vallen.¹¹⁴

Soms ziet de rechter aanleiding om de regels van redelijkheid en billijkheid toe te passen, zoals de rechtbank Assen in uitspraken van 8 maart 1983 en 7 februari 1984 (Cafetaria-arrest).¹¹⁵ In deze zaak oordeelde de rechtbank dat, indien zou komen vast te staan dat de man een financiële bijdrage heeft geleverd aan de verwerking van het bedrijfspand of de inventaris voor de cafetaria-onderneming van de vrouw, of aan het onroerend goed dat tijdens de relatie op naam van de vrouw werd

¹¹² NJ 1990, 23 m. nt. Luijten.

¹¹³ Van der Avort, a.w. n. 43, p. 101.

¹¹⁴ Hof Amsterdam 29 juni 1995, NJ 1997, 487 (Kort geding). Met betrekking tot gehuwden is schadevergoeding betaald als compensatie voor onrechtmatige daad vermoedelijk een verkocht goed. In HR 3 januari 1986, NJ 1987, 73 m. nt. Luijten o.w. 3.4, een Antillen-zaak, was er geen verknochtheid, maar in HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 693 m. nt. Kleyn o.w. 3.3. werd schadevergoeding die aan de vrouw was toegekend als verkocht goed aangemerkt.

¹¹⁵ NJ 1987, 427.

aangeschaft of aan de verbouwing daarvan, de normen van redelijkheid en billijkheid meebrengen dat hij het nominale bedrag van deze inbreng terug moet krijgen.¹¹⁶ Naar het oordeel van de rechtbank was er echter geen gemeenschap ontstaan met betrekking tot de op naam van de vrouw gekochte woning waarin de partners vanaf 1976 hadden gewoond, welke woning door eiser zelf dan wel onder diens leiding was verbouwd. Noch het feit dat de woning werd betaald uit inkomsten uit het cafetariabedrijf waarin ook eiser meewerkte, noch het feit dat eiser eigen verdiensten als taxichauffeur bij de verwerving van de woning had ingebracht, was voor de rechtbank aanleiding om eiser te laten meedelen in de waardeestijging van het huis, nu het huis op naam van de vrouw stond en dienaangaande geen uitdrukkelijke overeenkomst was gesloten.¹¹⁷ De rechtbank was voorts van oordeel dat de man geen vergoeding toekwam voor de door hem in het bedrijf en in de verbouwing van het woonhuis verrichte arbeid, als de precieze omvang daarvan vastgesteld zou kunnen worden. Deze moest naar het oordeel van de rechtbank worden gezien als een 'normale inspanning in het samenlevingsverband van partijen, die beide partijen, ook eiser, gedurende de periode van samenleving ten goede zijn gekomen.'¹¹⁸

Soms oordeelt de rechter dat een er beperkte gemeenschap is ontstaan. Op 27 mei 1977 deed de rechtbank Groningen uitspraak in een zaak waarin de partners vier maanden hadden samengewoond in een woning die op naam van de vrouw was gehuurd (Leekse samenwonersarrest). Vervolgens hadden de man en de vrouw op naam van de vrouw een huis gekocht, waarvoor de man een derde van de koopsom had betaald. De man eiste terugbetaling van deze geldsom. De vrouw wilde echter met een beroep op een volgens haar bestaande gemeenschap van goederen de kosten die door haar ten aanzien van de huurwoning waren gemaakt bij de man in rekening brengen. De rechtbank overwoog dienaangaande :

'O. dat dit betekent, dat partijen ten aanzien van schulden, vorderingen en goederen, de gemeenschappelijke huishouding betreffende, moeten worden geacht door het gaan samenleven een gemeenschap te zijn aangegaan, terwijl het geheel of gedeeltelijk uitsluiten dier beperkte gemeenschap als uitzondering aannemelijk moet worden gemaakt;'.¹¹⁹

Op 13 december 1979 oordeelde het Hof 's-Gravenhage (in het Huurwoningarrest) dat de door de partners met het oog op de samenwoning gekochte goederen en het huurrecht van de woning waarin zij samen hadden gewoond in een beperkte gemeenschap van goederen vielen, 'zij het dat deze van beperkte aard is en niet te vergelijken is met de gemeenschap als bedoeld in art. 93 Boek 1 BW.'¹²⁰ De desbetreffende goederen werden betaald ten laste van een op naam van de vrouw staande bankrekening waarop beide partijen hun salaris lieten overmaken en waarvan kosten van de gezamenlijke huishouding, de huur en duurzame gebruiksgoederen werden betaald. Wezenlijk voor het oordeel van het Hof dat de huurovereenkomst, hoewel deze op naam van de man was aangegaan, in de beperkte gemeenschap viel, was dat de huurovereenkomst in verband met het samenwonen van de partners was gesloten.¹²¹ Het

¹¹⁶ Rb Assen 8 maart 1983 en 7 februari 1984, NJ 1987, 427, o.w. 7.

¹¹⁷ *Ibid.* o.w. 6; Modehuis Nolly HR 2 april 1976, NJ 1976, 450 m. nt Kleyn.

¹¹⁸ *Ibid.*, o.w. 8.

¹¹⁹ Rb Groningen 27 mei 1977, NJ 1977, 570, p. 1827 lk.

¹²⁰ Hof 's-Gravenhage 13 december 1979, NJ 1980, 556 o.w. 3.

¹²¹ *Ibid.*, o.w. 3.

resultaat zou anders zijn geweest indien de huurovereenkomst was gesloten vóórdat de partijen de samenwoning op het oog hadden.

De redenering in deze twee uitspraken lijkt mij juist. Het is redelijk te veronderstellen dat als twee volwassenen gaan samenwonen, zij overeengekomen zijn om een bijdrage te leveren in de gewone huishoudelijke kosten, ieder naar zijn/haar mogelijkheden, uiteraard tenzij wordt bewezen dat er iets anders is afgesproken. Dit zou moeten gelden ook al zijn de partners niets overeengekomen over onderwerpen als de bekostiging van het levensonderhoud, de status van door de partners ingebrachte en staande de relatie verworven goederen, de gevolgen van het overlijden van een partner en de intenties van de partners bij het aangaan en hun verwachtingen over de toekomst van de relatie.

In de twee zojuist besproken zaken ging het om de verdeling van baten of om een combinatie van baten en schulden. De regeling is anders indien het uitsluitend gaat om de verdeling van schulden tussen de ex-samenwonenden, zoals het geval was in een zaak waarover de rechtbank Rotterdam op 27 januari 1992 besliste (Alkmaarse samenwonersarrest). In deze zaak waren de partners gaan samenwonen in een huurwoning die was toegewezen aan de vrouw. Een half jaar daarna hebben zij de relatie verbroken. Gedurende de periode van samenwoning hadden de partijen schulden opgebouwd tot een bedrag van fl. 5.434,49 aan niet-betaalde huur-, gas-, water- en electriciteitsrekeningen, ziekenfondspremie, telefoonrekeningen, belastingaanslagen en verdere heffingen, die allemaal ten name van de vrouw waren gesteld. De vrouw vorderde een bijdrage van de man, stellende dat er sprake was van een beperkte gemeenschap met betrekking tot de huishoudelijke kosten. Volgens de rechtbank geldt met betrekking tot schulden die samenhangen met de huisvesting in beginsel dat deze niet in enige gemeenschap van goederen vallen, tenzij anders is overeengekomen.¹²² Afgaande op de redenering in de eerder besproken zaken over baten had het mijns inziens echter voor de hand gelegen om een onderscheid te maken tussen, enerzijds, de goederen *en schulden* in het algemeen ten aanzien waarvan mag worden aangenomen dat er geen afspraken zijn gemaakt en, anderzijds, de goederen *en schulden* die betrekking hebben op het voeren van de gemeenschappelijke huishouding. De stilzwijgende overeenkomst om in de huishoudelijke kosten te delen mag in mijn ogen worden verondersteld op grond van het enkele feit dat de partners samenwonen, uiteraard tenzij er bewijs is van het tegendeel. In de Rotterdamse zaak had de man overigens aangevoerd dat afgesproken was dat hij maandelijks aan de vrouw een vergoeding zou betalen als tegenprestatie voor het gebruik van de woning. Dit zou de bedoelde beperkte gemeenschap kunnen uitsluiten.

In een geschil tussen een van de samenwoners en een derde biedt Boek 3 BW weinig uitkomst voor het aannemen van een gemeenschap die uitsluitend uit schulden bestaat. Dit blijkt uit een uitspraak van de rechtbank Zwolle van 4 augustus 1999¹²³ die betrekking had op het na het verbreken van de relatie voldoen van op de gezamenlijke huishouding betrekking hebbende schulden (achterstallige huurpenningen). Partij A, die door de kantonrechter was veroordeeld tot betaling van de huurpenningen, vorderde verdeling van de schulden met B, stellende dat deze in een gemeenschap vielen. Volgens de rechtbank kon er geen sprake zijn van een gemeenschap, aangezien er geen goederen maar slechts schulden waren. Volgens art. 3:166 lid 1 BW is een gemeenschap aanwezig wanneer een of meer goederen toebehoren aan twee of meer deelgenoten gezamenlijk. Maar 'goederen' zijn volgens art. 3:1

¹²² Rb Rotterdam 27 januari 1992, NJ 1993, 258, o.w. 4.2.

¹²³ FJR 2000 afl. 3, p. 65.

BW alle zaken en vermogensrechten, niet schulden. De mogelijkheid om een verdeling van schulden te verkrijgen zou alleen aanwezig zijn wanneer er ook goederen waren te verdelen.¹²⁴ Boek 6, titel 1 afdeling 2 BW over de verbondenheid van plurale schuldenaren zal meestal evenmin soulaas kunnen bieden, omdat deze titel slechts van toepassing is indien vaststaat dat een prestatie door twee of meer schuldenaren is verschuldigd. In de Zwolse zaak had partij A ter onderbouwing van de stelling dat een gemeenschap bestond aangevoerd dat hij met B had samengewoond. Het argument dat de samenleving een gemeenschap in het leven roept komt neer op een beroep op de analogie tussen de samenwoning en het huwelijk. Zelfs als de rechtbank dit argument had aanvaard, had dit de eiser niet kunnen baten. Volgens het huidige artikel 1:85 BW¹²⁵ zijn beide echtgenoten 'voor het geheel aansprakelijk' voor de 'ten behoeve van de gewone gang van de huishouding aangegane verbintenissen'. Daaronder moeten de in het geding zijnde achterstallige huurpenningen zeker worden gerekend.

In het geval van verkrijging van roerende zaken die geen registergoederen zijn kan in sommige gevallen de ene partner geacht worden krachtens een stilzwijgende volmacht voor de andere te hebben verkregen.¹²⁶ Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn indien samenwonende partners beslissen om een auto te kopen voor gezamenlijk gebruik. De man koopt, met geld van hemzelf en van zijn partner, de auto. Op grond van art. 3:110 BW wordt de man geacht als lasthebber op te treden in eigen naam voor zijn opdrachtgever (de vrouw) met het gevolg dat de man, ofschoon hij op het kentekenbewijs is vermeld als enige eigenaar, de auto mede voor de vrouw houdt. Volgens Molmaker is deze regel van toepassing bij alle aankopen van gezamenlijke gebruiksvoorwerpen, ook indien een van de partners niet meebetaalt.¹²⁷

Een gemeenschap zal ontstaan wanneer de partijen een bepaald goed gemeenschappelijk hebben aangeschaft. Regelmatig kopen samenwonenden een huis op naam van beiden.¹²⁸

Bestaat tussen samenwonenden een geschil over de vraag wie van hen beiden eigenaar is van een recht aan toonder of een zaak die geen registergoed is en kan geen van beiden zijn/haar recht op het goed bewijzen, dan wordt het goed op grond van een analogische toepassing van art. 1:131 BW als gemeenschapsgoed aangemerkt, indien tussen de samenwonenden een gemeenschap bestaat die het goed kan omvatten. Bestaat er geen zodanige gemeenschap, dan wordt het goed geacht aan ieder der echtgenoten voor de helft toe te behoren. Door de werking van dit artikel kunnen partijen zich slechts beroepen op de exclusieve eigendom van een niet-register goed dat in gemeenschappelijk bezit is, indien zij kunnen bewijzen wie de eigenaar is. Het is daarom aan te raden dat de partners schriftelijk vaststellen wie wat heeft ingebracht.¹²⁹

¹²⁴ Op deze feiten waren de bepalingen in boek 6, titel 1 afdeling 2 BW over de verbondenheid van plurale schuldenaren mogelijk van toepassing, maar in casu was hierover onvoldoende gesteld.

¹²⁵ Indien het wetsvoorstel Wijziging van de titels 6 en 8 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (rechten en plichten echtgenoten en geregistreerd partners) TK 1999-2000, 27 084, ingediend 17 april 2000, tot wet wordt verheven, komt art. 1:85 BW te vervallen (MvT, p. 9).

¹²⁶ Art. 3:61 lid 1 BW.

¹²⁷ J.K. Molmaker, 'De erfrechtelijke en successierechtelijke aspecten van het Samen-Leven', in *Samen-Leven*, p. 54.

¹²⁸ Titel 7 afdeling 1 van boek 3 BW is van toepassing.

¹²⁹ Gr. van der Burght, 'Enige opmerkingen over de vermogensrechtelijke gevolgen van het ongehuwd samenleven', in: *Wet en recht buiten echt*, p. 42.

Indien krachtens een van de bovengenoemde regelingen een beperkte gemeenschap is ontstaan, is er sprake van gebonden gemeenschap.¹³⁰ De samenwonenden kunnen voor de duur van de samenleving niet vrij over hun aandeel in de zaak beschikken; toestemming van de andere is hiertoe nodig. Bij beschikking over het goed na verbreking van de samenleving dient rekening te worden gehouden met de doeleinden van de gemeenschap, bijvoorbeeld als het huis was gekocht voor de gemeenschappelijke kinderen.¹³¹

Tot slot bestaat er de mogelijkheid van een actie uit ongerechtvaardigde verrijking.¹³² Het zou te ver gaan om hier in detail in te gaan op de mogelijkheden die de actie van ongerechtvaardigde verrijking biedt ten aanzien van goederenrechtelijke geschillen tussen ex-samenwoners.¹³³ Een groot voordeel van deze actie is dat de rechter in beginsel een grote vrijheid heeft bij het begroten van de schade.¹³⁴ Uit de Canadese rechtspraak sinds 1980¹³⁵ blijkt dat deze actie zodanig kan worden ontwikkeld dat zij uitkomst kan bieden in veel gevallen waarvoor in het Nederlandse recht op dit moment geen oplossing voorhanden is. Als het Nederlandse recht met betrekking tot de ongerechtvaardigde verrijking een soortgelijke ontwikkeling had doorgemaakt als het Canadese recht, had ik mij tot deze actie kunnen beperken. Er zijn echter nog veel situaties waarin de Nederlandse actie uit ongerechtvaardigde verrijking geen bevredigende uitkomst biedt voor de goederenrechtelijke geschillen van samenwoners. Ik bespreek slechts een paar van de relevante aspecten.

Bij een actie uit ongerechtvaardigde verrijking moet er sprake zijn van verarming aan de kant van de eisende partij tegenover verrijking van de gedaagde partij. In de zaak Baartman-Huijbers waarover de Hoge Raad op 11 april 1989 uitspraak deed, vorderde een man van zijn voormalige echtgenote een financiële vergoeding ten bedrage van de door zijn activiteiten teweeggebrachte waardevermeerdering van haar woning. Het Hof had geoordeeld dat de man niet was 'verarmd', omdat 'uit niets is gebleken dat Baartman de werkkraft die hij heeft aangewend ten behoeve van dat onroerend goed elders tegen betaling had kunnen en willen aanwenden'.¹³⁶ De HR vond hier geen blijk van een onjuist oordeel. Op grond van deze rechtspraak zal een klussende samenwoner niet met succes een actie uit ongerechtvaardigde verrijking kunnen instellen tenzij hij, om in het huis te kunnen klussen, een betaalde baan heeft afgewezen.

Voorts wordt de hoogte van de schadevergoeding bij een actie uit ongerechtvaardigde verrijking begrensd door de hoogte van de verrijking. Een typisch geschil tussen samenwoners betreft de waardevermeerdering van het huis van de ene partner ten gevolge van de inspanningen van de andere. Ook al is waarde van de inspanningen van partij A niet gelijk aan de waardevermeerdering van het huis van partij B, toch kan de vordering van A nooit hoger zijn dan het beloop van zijn verarming. Als

¹³⁰ Art. 3:175 lid 2 BW.

¹³¹ HR 20 december 1946, NJ 1947, 59 m. nt. E.M. Meijers, p. 38 lk; HR 9 mei 1952, NJ 1953, 563 m. nt. Houwing, p. 918 lk; Rb Zwolle 23 oktober 1979, NJ 1981, 328; Rb Zwolle 8 april 1982, RvdW/KG 1982, 72.

¹³² Hof Arnhem 5 november 1974, NJ 1975, 378; Hof Amsterdam 7 mei 1975, NJ 1976, 110.

¹³³ Bovendien vindt er op 18-20 oktober 2000 aan de Universiteit van Amsterdam een congres plaats over ongerechtvaardigde verrijking.

¹³⁴ A.S. Hartkamp, *Mr C. Asser's Handleiding tot de Beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Verbintenissenrecht, Deel III, 10^{de} druk, Tjeenk Willink, Deventer, 1998, § 363.

¹³⁵ *Pettkus v Becker* (1980) 117 DLR (3d) 257; *Sorochan v Sorochan* (1986) 29 DLR (4th) 1; *Peter v Beblow* (1993) 101 DLR (4th) 621.

¹³⁶ HR 11 april 1986, NJ 1986, 622 m. nt. van der Grinten.

A verarmd is met Fl. 1.000, terwijl B verrijkt is met Fl. 10.000, kan A niet meer dan Fl. 1.000 vorderen. Tenslotte kan in een actie voor onrechtvaardige verrijking niet meer worden gevorderd dan het bedrag waarmee de ander is verrijkt. Als A verarmd is met Fl. 10.000 en B verrijkt is met Fl. 1.000, kan A niet meer dan Fl. 1.000 vorderen. Deze 'symmetrie' van verarming en verrijking, die tot goede en rechtvaardige oplossingen in het algemene privaatrecht kan leiden, is niet toegesneden op de situatie van samenwoners. Zoals uit het hierna volgende zal blijken, geef ik de voorkeur aan een meer 'familierechtelijke' oplossing.

Beschouwing

Reeds uit de hiervoor vermelde beknopte weergave van de rechtspraak blijkt dat het huidige recht in bepaalde gevallen tot zeer onbevredigende resultaten kan leiden. Onbevredigend is dat samenwonenden bij gebreke van afspraken niet kunnen worden verplicht de tijdens de relatie met betrekking tot de gezamenlijke huishouding gemaakte schulden gelijkelijk te verdelen. Zeer onbevredigend is verder dat het recht geen oplossing biedt voor gevallen waarin tijdens de samenwoning op naam van een van de partners een huis is gekocht, terwijl onweersproken is dat beide partners hebben bijgedragen aan de koopprijs en/of aan de aflossing van de hypotheek. Op het moment van aankoop kan het opportuun zijn om het huis op naam van één der partners te zetten, bijvoorbeeld indien deze partner een vaste baan heeft en de andere niet. Omstandigheden kunnen echter veranderen: de andere partij kan eveneens een baan krijgen, gelden erven of op andere wijze over middelen komen te beschikken en vervolgens alsnog (in hogere mate) bijdragen aan de financiering van het huis. Volgens de rechtspraak heeft dit alles geen invloed op de eigendom van het huis. Deze blijft berusten bij de partner op wiens naam het huis is gekocht. De in zijn algemeenheid toe te juichen regel dat de titel tot een registergoed niet kan worden gewijzigd door informele afspraken of bijzondere omstandigheden, kan in de situatie van samenwonenden onrechtvaardig uitpakken. Indien de partners geen nadere regeling hebben getroffen is de partner die het huis niet op zijn of haar naam heeft staan slechts aangewezen op de mogelijkheid dat uit de omstandigheden zal blijken dat er sprake is van een stilzwijgende overeenkomst tot verrekening bij de beëindiging van de relatie, zoals het geval was in de Kermisboedelzaak. Eveneens acht ik het onbevredigend dat, indien de ene partner het op naam van de andere partner staande huis opknaapt of verbouwt, dit in het geheel geen rechten met betrekking tot het huis voor de eerstgenoemde partner in het leven roept, ongeacht de omvang van de werkzaamheden en de hieraan verbonden kosten. Tot slot is er een tekortkoming die niet uit de Nederlandse rechtspraak over samenwoners blijkt, maar die wel in het kader van voornoemde probleemsituatie behoort te worden geplaatst. Ik heb het oog op de huisvrouw, die lange tijd het huishouden heeft verzorgd in het huis dat eigendom is van haar partner en wellicht lange tijd de kinderen heeft verzorgd die uit haar relatie met haar partner zijn geboren, maar die vervolgens, na verbreking van de relatie, met lege handen kan komen te staan.

De stilzwijgende overeenkomst in de situatie van samenwonenden

Hoewel het aannemen van een stilzwijgende overeenkomst in bepaalde situaties uitkomst kan bieden, acht ik deze mogelijkheid in het algemeen geen optimale basis voor de regeling van de goederenrechtelijke verhouding tussen samenwonenden. Alles draait om de aard van de relatie. Als twee personen gaan samenwonen op basis

van een affectieve relatie gedragen zij zich anders dan, bijvoorbeeld, een koper en een verkoper. De koper en verkoper zijn zich ervan bewust dat zij in een commerciële kader handelen en zullen zich min of meer bewust zijn van hun juridische positie. Het zal in ieder geval wederzijds geen bevreemding wekken als zij over een en ander afspraken maken en kennis nemen van de mogelijke juridische gevolgen van hun handelingen. Dit ligt allemaal anders bij samenwonenden. Een relatie tussen samenwonenden is weinig doorzichtig, heeft veel verschillende niveaus - waarvan dat met betrekking tot financiële en zakelijke aangelegenheden er slechts één is - heeft een geschiedenis waaruit bepaalde aannames kunnen zijn ontstaan en is van onbepaalde duur.¹³⁷ Partners in een samenwoningsrelatie zijn geen zakenmensen die met '*arm's length dealing*' expliciet of impliciet afspraken maken. Veeleer gaat juist het tegenovergestelde op en zou een zakelijke benadering in de relatie van samenwonenden als ongepast worden ervaren. Het innemen van harde juridische standpunten zou het emotionele aspect van de relatie in gevaar kunnen brengen. Dit alles lijkt een verklaring voor het feit dat er nog steeds een aanzienlijke groep - vermoedelijk de meerderheid - van samenwoners is die niet naar de notaris stapt om de regels van de samenleving vast te laten leggen. Op grond van dezelfde overwegingen ligt het weinig voor de hand om op zoek te gaan naar stilzwijgende overeenkomsten. Als er al sprake is van een stilzwijgende overeenkomst zal het moeilijk zal zijn de inhoud daarvan vast te stellen.

Uit het NISSO-onderzoek bleek dat opmerkelijk weinig paren een regeling hadden getroffen met betrekking tot de vermogens- en onderhoudsrechtelijke aspecten van een eventuele beëindiging van de samenwoning.¹³⁸ Door de onderzoekers werd in dit verband een aantal aandachtspunten aangestipt. Zo bleek uit het onderzoek dat de keuze van paren om in plaats van te trouwen ongehuwd te gaan samenwonen op tamelijk willekeurige en toevallige wijze geschiedt.¹³⁹ Dit ligt wellicht in die zin voor de hand dat ongehuwd samenwonen niet is gebaseerd op het nemen van een aantal formele stappen. Deze zelfde willekeurigheid, in de zin dat de keuze voor de relatievorm niet is gebaseerd op goede informatie over de juridische gevolgen, trof ook Scherf aan in haar in 1998 uitgevoerde onderzoek naar mensen die een geregistreerd partnerschap aangaan. Doorgaans hadden de geregistreerd partners weinig kennis van de effecten van het sluiten van een partnerschap; een derde van respondenten kon geen enkel juridische gevolg noemen.¹⁴⁰ Ook naar aanleiding van het NISSO-onderzoek over samenwonenden is aandacht gevraagd voor het gemis aan reflectie op relatieverwikkeling en met name voor het feit dat men absoluut niet wil denken over een mogelijke uiteengaan.¹⁴¹ Het ligt voor de hand dat de bereidheid onder ongehuwd samenwonenden om een regeling in de vorm van een samenlevingsovereenkomst te sluiten in de twee decennia sinds de uitvoering van het onderzoek is toegenomen. Uit de rechtspraak (bijvoorbeeld met betrekking tot de schulden) blijkt echter dat ongehuwd samenwonenden nog steeds vaak niets regelen en dat dit vervelende gevolgen kan hebben.

¹³⁷ Gr. Van der Burght, *a.w. n.* 129, p. 31-32. Overigens gaan al deze overwegingen eveneens op voor gehuwde koude uitsluiters. Een wettelijke regeling voor samenwoners zou dan ook van toepassing moeten zijn op paren die met koude uitsluiting gehuwd zijn of een partnerschap hebben laten registreren.

¹³⁸ Straver e.a. *a.w. n.* 36, pp. 150-162, 205-207.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 234.

¹⁴⁰ Y. Scherf, *Registered Partnership in the Netherlands, A Quick Scan*, WODC, Rijswijk, 1999, pp. 24-26.

¹⁴¹ Straver e.a. *a.w. n.* 36, p. 234.

Ook uit het Engelse onderzoek van Smart en Stevens blijkt dat weinig respondenten hadden nagedacht over de juridische gevolgen van samenwoning en dat velen (vooral vrouwen) onaangenaam werden verrast toen zij vernamen dat het recht geen juridische gevolgen hechtte aan de samenwoning. Het ging daarbij vooral om het ontbreken van vermogensrechtelijke gevolgen en gevolgen voor het ouderschap.¹⁴² Slechts weinigen hadden tijdens de relatie een advocaat geraadpleegd, en slechts ongeveer de helft deed dit op het moment van uit elkaar gaan.¹⁴³ Evenals de Nederlandse hadden vele van de Engelse respondenten misvattingen over hun juridische situatie.¹⁴⁴

Het diffuse karakter van de relatie tussen samenwonenden laat zich goed illustreren aan de hand van voornoemde uitspraken van de rechtbank Assen in het Cafetaria-ondernemingarrest. In deze zaak exploiteerde de vrouw een cafetaria in een pand dat haar werd toebedeeld in het kader van een boedelscheiding na de echtscheiding tussen haar en haar voormalige echtgenoot. Gedurende de dertien jaar dat de vrouw met haar nieuwe partner samenwoonde, werkte de man soms fulltime, soms parttime als chauffeur. Daarnaast werkten de partners gezamenlijk in de cafetaria en hadden zij gezamenlijk het bedrijfspand met woonhuis verbouwd. De kosten van deze verbouwing werden mede voldaan uit de inkomsten van de man als chauffeur. Voorts hadden zij met gebruikmaking van de uit de gezamenlijke exploitatie van de cafetaria verkregen middelen een woning gekocht die zij gezamenlijk hadden verbouwd. Maar omdat het bedrijf en het woonhuis op naam van de vrouw stonden, had de man geen recht op de waardeinstijging van de woning toen zij in 1981 - na een samenwoning van dertien jaar - uit elkaar gingen. Frappant is de volgende overweging van de rechtbank:

‘De arbeid en vlijt, die eiser in het bedrijf geïnvesteerd heeft, moeten gezien worden als een *normale bijdrage aan het verdienen van de gemeenschappelijke kost*, zeker in de periode, waarin eiser overigens geen inkomsten had en pp. dus geheel op de inkomsten uit het bedrijf waren aangewezen om van te bestaan.’¹⁴⁵

Als de investeringen en inspanningen als een normale bijdrage aan het verdienen van de gemeenschappelijke kost worden aangezien, komt het mij voor dat het zeer wenselijk is dat er in het recht een mogelijkheid bestaat om deze normale bijdrage te erkennen. De rechtbank identificeert – onbewust – het gedrag van de samenwonenden in deze zaak met het gedrag van gehuwden. Het is precies dit soort gedrag, het samen investeren en werken voor een gezamenlijk project, zonder dat men zich op dat moment bewust is van de precieze juridische gevolgen hiervan, waarvoor het wettelijk stelsel van goederen is bedoeld.¹⁴⁶ Anders dan gehuwden worden samenwonenden geacht hun positie juridisch te regelen. Desalniettemin zijn het dezelfde factoren die

¹⁴² Smart en Stevens, a.w. n. 45, p. 42.

¹⁴³ Smart en Stevens, a.w. n. 45, p. 41.

¹⁴⁴ Smart en Stevens, a.w. n. 45, pp. 41-42; R. Pickford, *Fathers, Marriage and the Law*, London, FPSC/Joseph Rowntree Foundation, 1999.

¹⁴⁵ Rb Assen, 8 maart 1983 en 7 februari 1984, NJ 1987, 427, o.w. 3 p. 1516 rk-1517lk. Een soortgelijke relatie waar bedrijf en goederen, de privé- en werksfeer, en de goederen en inspanningen van de partners nauw verstrengeld waren treft men ook in de Kermisboedelzaak waarover de HR op 26 mei 1989 had geoordeeld. Een identieke redenering werd in 1975 door het Zweedse Hoogste Gerechtshof toegepast: 1975 NJA I, p. 298 in: Agell, a.w. n. 61, pp. 196-197.

¹⁴⁶ Van Mourik, a.w. n. 5, p. 65; Van der Burght, ‘De huishoudelijke echtgenoot behoort bij echtscheiding niet zonder enige vergoeding voor de verrichte arbeid achter te blijven’, in: *Het familierecht in het perspectief van de 21^{ste} eeuw, VPFA Millenium bundel*, pp. 27-35, pp. 33-34.

in zowel huwelijks- als samenwoningsrelaties in de hand werken dat er zelden afspraken worden gemaakt.

Schulden die aangegaan zijn om de huishouding te voeren

Uit voornoemde uitspraken van de rechtbank Rotterdam van 27 januari 1992 en van de rechtbank Zwolle van 4 augustus 1999 blijkt dat de huidige wettelijke regelingen onvoldoende houvast bieden voor een verdeling van de schulden die ten behoeve van de huishouding zijn aangegaan. Ik acht het dan ook wenselijk dat er een wettelijke regeling komt, waarin wordt vastgelegd dat als twee personen samen gaan wonen, zij beiden, elk naar draagkracht jegens elkaar, verplicht zijn om bij te dragen in de met de gezamenlijke huishouding samenhangende kosten.¹⁴⁷ Ik geef aan een verdeling naar draagkracht de voorkeur boven een 50:50 verdeling.¹⁴⁸ Uit het onderzoek van Van der Avort blijkt dat de meeste paren kiezen voor een verdeling naar draagkracht.¹⁴⁹ Dit sluit goed aan bij art. 1:84 BW. De regeling zou in een nieuw lid van art. 1:84 BW kunnen worden opgenomen. De bepaling zou van toepassing moeten zijn ongeacht de duur van de samenwoning. Het zou mogelijk moeten zijn om iets anders af te spreken.

Het probleem van registergoederen

Met betrekking tot niet-register goederen biedt het huidige recht in vele situaties uitkomst. Uit de hiervoor genoemde uitspraken van Hof 's-Gravenhage 5 januari 1997 (Klusjesmanarrest) en van de rechtbank Assen van 8 maart 1983 en 7 februari 1984 (Cafetaria-ondernemingarrest) blijkt dat deze zelfde flexibiliteit niet bestaat met betrekking tot registergoederen. Dit verschil werkt onrechtvaardigheden in de hand, nu het gezamenlijk huis meestal de duurste aankoop zal zijn en de investeringen van de niet-eigenaar aanzienlijk kunnen zijn. Hierna zal ik betogen dat het noodzakelijk is om de register- en niet-register goederen van de samenwonenden aan dezelfde regeling te onderwerpen. Alvorens de mogelijkheden hiertoe te bespreken ga ik echter in op de motiveringen achter de huidige regeling.

Het relatievrijheid-argument onder de loep

Zoals door het Hof 's-Gravenhage in meergenoemd Klusjesmanarrest op 5 januari 1977 is overwogen en door wetenschappers is beaamd,¹⁵⁰ komt de man en de vrouw relatievrijheid toe; anders gezegd: zij hebben het recht om de vorm van hun relatie te kiezen; het zou in strijd zijn met hun autonomie om aan hun relatie gevolgen te verbinden die zij bewust hebben willen vermijden. In de woorden van het Hof: 'Als partijen als deze niet in het huwelijk treden maar gaan samenleven als waren zij gehuwd, doen zij een welbewuste keuze.'¹⁵¹ Het Hof overwoog voorts dat evenmin zeker is, dat als de man en de vrouw waren getrouwd, zij zouden hebben gekozen

¹⁴⁷ Zo ook Henriquez, a.w. n. 5, p. 97 (Regel II); Neleman: in dezelfde bundel, p. 137.

¹⁴⁸ Anders, Henriquez, in *Twee mensen en het recht*, pp. 50-51 waar hij de voorkeur uitspreekt voor een 50:50 verdeling boven de verdeling naar draagkracht in art. 1:84 BW. In het wetsvoorstel rechten en plichten van echtgenoten en geregistreerd partners (TK 1999-2000, 27 084) wordt de verdeling naar draagkracht gehandhaafd.

¹⁴⁹ Van der Avort, a.w. n. 43, pp. 101-102.

¹⁵⁰ T.R. Hidma, 'Partnerschap en wetgeving', in: *Wet en recht buiten echt*, p. 21; R. Deech, 'The case against legal recognition of cohabitation', (1980) *I.C.L.Q.* 480; T. Lyon, 'Towards a justification of property rights for cohabitants', (1980) 130 *New Law Journal* 228.

¹⁵¹ Hof 's-Gravenhage 5 januari 1977, NJ 1977, 569, p. 1826 Ik.

voor het wettelijke stelsel van gemeenschap van goederen; mogelijk waren zij dan getrouwd met koude uitsluiting.¹⁵²

Dit argument lag wel erg voor de hand in de zaak waarover het Hof in deze zaak moest beslissen. De partijen hadden, in de woorden van het Hof, 'beiden een ruime ontwikkeling en levenservaring. De man was toen omstreeks 48, de vrouw omstreeks 40 jaar, beiden waren praktiserend arts, beiden waren gehuwd geweest, de man had uit zijn huwelijk vier of vijf kinderen, de vrouw één kind uit het hare.'¹⁵³

Veel minder aantrekkelijk is dit argument wanneer het zonder onderscheid op alle ongehuwd samenwonenden wordt toegepast. In de eerst plaats omdat niet alle samenwonende partners de opleiding en levenservaring deelachtig is als het paar waarover het Hof had te oordelen. Daarbij dient echter te worden aangetekend dat uit het onderzoek van Van der Avort naar voren komt dat het met de opleiding en de maatschappelijke positie van de meeste samenwoners wel meevalt. Volgens Van der Avort komt ongehuwd samenwonen vooral voor op de midden en hogere sociale niveaus en bijna niet op de lagere niveaus.¹⁵⁴ Maar dit gegeven betekent niet dat zij met de nodige informatie toegerust zijn.

Een keuze tussen huwelijk en geen huwelijk veronderstelt kennis over de gevolgen. Of deze kennis onder de betrokkenen aanwezig is mag sterk worden betwijfeld. In het algemeen wordt er blijkbaar van uitgegaan dat partijen die ervoor kiezen om samen te gaan wonen op de hoogte zijn van de verschillen in goederenrechtelijke en andere juridische juridische gevolgen van het huwelijk en buitenhuwelijkse relaties. Hierop duidt Advocaat-General Biegman-Hartogh in haar conclusie onder HR 26 mei 1989 met de opmerking: 'partijen hebben nu eenmaal verkozen geen huwelijk te sluiten, en dus ook – voor zover zij zich dit realiseerden – om buiten het huwelijksgoederenrecht te blijven.'¹⁵⁵ Als de partners zich al realiseren dat de regimes verschillen, is voorts van belang dat zij op de hoogte zijn van de inhoud van de verschillende regelingen opdat er sprake kan zijn van een bewuste keuze. Empirisch onderzoek naar de bij samenwonenden aanwezige kennis laat zien dat de juridische veronderstellingen een feitelijke grondslag ontberen. Uit het NISSO-onderzoek blijkt dat in meer dan een derde van de onderzochte gevallen sprake was van misvattingen over de goederenrechtelijke situatie. In het bijzonder gingen veel paren ervan uit dat de partner die een niet-registergoed had betaald de eigenaar van dit goed was, daarbij het belang van de vraag aan wie het goed is geleverd niet beseffende.¹⁵⁶ Deze bevindingen zijn bevestigd door de hiervoor vermelde onderzoeken van Smart en Stevens en Scherf. Het blijkt zeer riskant om een beleid te baseren op de vermeende bij de partners aanwezige juridische kennis.

Een mogelijke steun voor het autonomie-relatievrijheid argument zou kunnen worden gezocht in het gegeven dat samenwonenden in de praktijk niet veel belangstelling blijken te hebben voor een regeling van de vermogensrechtelijke gevolgen van hun relatie. Uit het NISSO-onderzoek blijkt dat de meeste respondenten geen onderlinge regeling met betrekking tot de goederen hadden gemaakt. Vrijwel geen enkel paar had een regeling getroffen voor het geval het uit elkaar zou gaan,¹⁵⁷ en geen enkele paar noemde het ontbreken van een scheidingsregeling als een knel-

¹⁵² Hof 's-Gravenhage 5 januari 1977, NJ 1977, 569, p. 1826lk(voet)-rk(hoofd).

¹⁵³ Hof 's-Gravenhage 5 januari 1977, NJ 1977, 569, p. 1826lk-rk

¹⁵⁴ Van der Avort, a.w. n. 43, hfst 7.

¹⁵⁵ HR 26 mei 1989, NJ 1990, 23 AG Biegman-Hartogh nr. 3.1.

¹⁵⁶ Straver e. a., a.w. n. 36, p. 185, 206, bijlage III, tabel 15.

¹⁵⁷ Straver e. a., a.w. n. 36, pp. 186, 228.

punt.¹⁵⁸ De paren in het NISSO-onderzoek woonden nog samen. In het onderzoek van Smart en Stevens, dat over ex-samenwonende partners ging, vonden sommige respondenten - vooral vrouwen - het jammer dat zij niets hadden geregeld en dat er geen juridische bescherming was.¹⁵⁹ De intrinsieke waarde van deze gegevens mag betrekkelijk zijn, maar het verschil in reacties op dit punt is opmerkelijk. De meningen van de betrokkenen over de vraag of een regeling wel of niet wenselijk is zal sterk worden beïnvloed door de positie waarin zij verkeren. Wonen de partners nog samen en gaat het goed met de relatie, zullen zij weinig voelen voor een scheidingsregeling. Na verbreking van de relatie kan één partij teleurgesteld en de andere opgelucht zijn dat er geen scheidingsregeling is. Kortom, de houding van betrokkenen ten opzichte van de wenselijkheid van een scheidingsregeling wordt sterk beïnvloed door de positie van de spreker op dat moment, en geeft ons geen objectieve indicatie over de wenselijkheid van een regeling van de situatie van samenwonenden bij beëindiging van de relatie.

De opvatting dat de vrijheid van de partijen om de vorm en inhoud van hun relatie te kiezen niet mag worden ingeperkt, veronderstelt dat alle samenwonende partners zich bewust tegen het huwelijk hebben gekeerd. In werkelijkheid is dit slechts voor een deel waar.¹⁶⁰ De redenen waarom mensen samenwonen in de plaats van te huwen zijn uiteenlopend. In dit verband valt te wijzen op:

- a. het proefhuwelijk: de partners kijken de kat uit de boom alvorens zich aan elkaar te binden;
- b. de partners hebben beslist zich niet te binden;
- c. de partners voelen zich al gebonden en beschouwen het huwelijk als overbodig;
- d. de partners voelen zich aan elkaar verbonden, maar hebben principiële bezwaar tegen het huwelijk;
- e. de partners willen om economische redenen niet trouwen (bijvoorbeeld vanwege verlies van pensioenrechten);
- f. de partners kunnen niet trouwen, omdat één van hen nog getrouwd is.¹⁶¹

Voorts is het mogelijk dat de partijen helemaal geen redenen hebben om niet te huwen, maar dat zij gewoon zijn begonnen om samen te wonen zonder hierover nagedacht te hebben of hierover stelling te hebben ingenomen. Onderzoekers in Zweden en de Verenigde Staten hebben geconcludeerd dat samenwoning slechts zelden het gevolg is van een weloverwogen keuze.¹⁶²

Met betrekking tot de partners in categorieën a) en b) en d) zou het bezwaarlijk kunnen zijn om ze als gehuwden te behandelen. De tot deze categorieën behorende partners hebben inderdaad bewust van het huwelijk afgezien. Voor wat de andere categorieën betreft lijkt het me niet zonder meer onjuist om de partners als gehuwden te behandelen. Een gelijkstelling met gehuwden zou niet ongepast zijn voor partners behorende tot de categorieën (c) en (f). Voor wat de partners behorende tot categorie (d) betreft zou een gelijkstelling met het huwelijk onjuist zijn, omdat zij dit immers afwijzen, maar daarmee is niet gezegd dat een andere vorm van wettelijke erkenning van hun gebondenheid ongepast zou zijn. Categorie (e) is ingewikkeld,

¹⁵⁸ Straver e. a., a.w. n. 36, p. 181.

¹⁵⁹ Smart en Stevens, a.w. n. 45, p. 42.

¹⁶⁰ Dawn Oliver, 'Why do people live together?', *Journal of Social Welfare Law* 1982, pp. 209-222, p. 210.

¹⁶¹ E. Cohen Henriquez, 'Paar en partner in het privaatrecht', a.w. n. 59, p. 21.

¹⁶² G.G. Blumberg, 'Cohabitation Without Marriage: A Different Perspective' (1981) 28 *U.C.L.A. L. Rev.* 1125, 1134-6, 1167-70.

want de economische redenen die de hiertoe behorende partners hebben om niet te trouwen kunnen zeer uiteenlopend zijn. Het is niet de bedoeling dat een partner van twee walletjes kan eten door zich te beroepen op twee met elkaar in strijd zijnde rechten.¹⁶³ Indien een persoon beroep doet op twee verschillende rechten moet in de eerste plaats worden bekeken of de twee rechten werkelijk met elkaar tegenstrijdig zijn. In de tweede plaats moet bekeken worden van welke van de twee walletjes men wel mag eten. Dat men er bepaalde fiscale voordelen heeft door niet te trouwen betekent bijvoorbeeld nog niet zonder meer dat samenwonenden moeten worden onderworpen aan een nadelige successierechtelijke regeling.¹⁶⁴ De conclusie die moet worden getrokken uit het verschil tussen, aan de ene kant, partners behorende tot de categorieën (a), (b) en (d) en, aan de andere kant, paren behorende tot de categorieën (c), (f) en mogelijk (e), is dat het bij een wettelijke regeling van de rechtspositie van samenwonenden noodzakelijk is te onderscheiden naar paren die het huwelijk wel-overwogen hebben afgewezen, paren die in het geheel niet over deze keuze hebben nagedacht en alle paren die zich ergens tussen deze twee extremen bevinden. Als men voor een wettelijke regeling kiest, moeten de partners het recht krijgen om ervoor te kiezen dat het wettelijk regime niet op hen van toepassing zal worden verklaard. Dit strookt met de bevinding van Smart en Stevens dat paren die de sterkste band hadden en dus de meest geschikt leken voor een huwelijksachtige regeling, de grootste ideologische weerstand tegen het huwelijk bleken te hebben.¹⁶⁵ Voor aan aantal van de door Smart en Stevens onderzochte relaties bleek een huwelijksachtige regeling in principe ongeschikt, omdat de motivering van de partners om niet te trouwen geheel was terug te voeren op het voorkomen van rompslomp bij het uiteengaan. Deze personen waren niet tegen het huwelijk als zodanig, maar hadden twijfels of de partner met wie zij samenwoonden wel de ware was. Desalniettemin vroegen de onderzoeksters zich af of ook in deze situatie een regeling niet op haar plaats zou zijn: naarmate het samenwonen langer had geduurd of in de gevallen waarin er sprake was van kinderen, verkeerde de vrouw bij de beëindiging van de relatie vaak in een nadelige positie.¹⁶⁶

Als men spreekt over paren die het huwelijk afwijzen, wordt ervan uitgegaan dat men te maken heeft met partners die het eens zijn over de vorm en inhoud van hun relatie. Deze vooronderstelling gaat echter zeker niet voor alle samenwonende partners op. Bij sommige paren is immers weinig besproken (zoals bleek uit de rechtspraak over de verdeling van schulden met betrekking tot de gezamenlijke huishouding); soms hebben de man en de vrouw uiteenlopende wensen over de ontwikkeling van hun relatie.

Het 'respect' voor de 'relatievrijheid' wordt in deze mate alleen in het privaatrecht aangetroffen. In het publiekrecht wordt daarentegen volop van een gelijkstelling met gehuwden uitgegaan. Uit de rechtspraak komt regelmatig naar voren dat partijen het onbegrijpelijk vinden dat zij voor de toekenning van bijstand als een economische eenheid worden aangemerkt, maar dat deze economische verstrengeling in het privaatrecht nauwelijks erkenning vindt.¹⁶⁷

¹⁶³ Hof 's-Gravenhage 5 januari 1977, NJ 1977, 569, p. 1826 lk.

¹⁶⁴ J.K. Moltmaker, a.w. n. 127, p. 57.

¹⁶⁵ Smart en Stevens, a.w. n. 45, pp. 48.

¹⁶⁶ Smart en Stevens, a.w. n. 45, p. 48.

¹⁶⁷ Bijv. HR 9 januari 1987, NJ 1987, 927 (Dilst-Roozendaal); Rb Rotterdam 27 januari 1992, NJ 1993, 258.

Zelfs met betrekking tot partners die het huwelijk bewust hebben afgewezen valt er op het argument van de relativiteit wat af te dingen: zij hebben er weliswaar voor gekozen om geen huwelijk aan te gaan, maar het is nog maar de vraag of zij ook een minder vergaande regeling zouden afwijzen. Het sluiten van het huwelijk roept vele, verschillende verplichtingen in het leven; dat een paar het huwelijk afwijst wil nog niet zeggen dat het-paar alle verplichtingen zou afwijzen. De NISSO-onderzoekers constateerden dat het, juist omdat het huwelijk zoveel facetten heeft, weinig zinvol was om de paren te vragen waarom zij niet getrouwd waren.¹⁶⁸ Dit gegeven is relevant, omdat bij de regeling van de goederenrechtelijke relatie tussen samenwonenden de keuze niet simpelweg hoeft te liggen tussen gelijkstelling met het huwelijk of niet. Door juristen is de relativiteit vooral gezien als een argument om samenwonende partners niet als gehuwden te behandelen. Het ligt echter veel meer voor de hand om na te gaan of voor de speciale situatie van samenwonenden niet een wettelijke tussenvorm, tussen de zwart-wit-keuze van wel of geen huwelijk, zou moeten worden ingevoerd.

Er is nog steeds alle reden om de relativiteit – het recht om keuzes te maken over de invulling van de relatie – te handhaven. De noodzaak om de relativiteit te respecteren is door sociologisch onderzoek uitvoerig gestaafd. De vraag is echter of de juridische reactie hierop – de juridische vertaling van de relativiteit – niet meer genuanceerd zou moeten zijn. In het verleden heeft men zich vooral bezig gehouden met een keuze voor aansluiting bij het huwelijk of helemaal geen regeling. Aan de conclusie dat een paar voor de ‘relativiteit’ heeft gekozen wordt de consequentie verbonden dat het paar het maar zelf moet regelen. Deze gepolariseerde benadering lijkt goed aan te sluiten bij een relatie die gekenmerkt wordt door een streven naar individualiteit met een grote mate van vrijblijvendheid. Zo hebben verschillende sociologen gewezen op een ontwikkeling in de samenleving, die zich erdoor kenmerkt dat mensen steeds meer kiezen voor individualiteit en alle bindingen negeren.¹⁶⁹ De sterke tendens naar individualiteit is door Van der Avort als volgt verwoord:

‘In deze visie verliezen primaire verbanden veel van hun betekenis. Relaties worden slechts aangegaan ter bevrediging van individuele behoeften. Men stelt zich vrijblijvend op, weert verplichtingen en verantwoordelijken zoveel mogelijk. Het primaat van individualiteit hindert een werkelijke betrokkenheid tot de ander. Inspanning en inzet voor de relatie zijn beperkt. Aandacht en zorg voor de ander mogen de persoonlijke ontplooiing niet in de weg staan. Individualisering in primaire relaties zou afbreuk doen aan de solidariteit tussen partners; dit proces bewerkstelligt onverschilligheid. Allerlei verschuivingen die zich in de afgelopen twee decennia hebben voorgedaan worden geïnterpreteerd als uiting van deze cultuur van vrijblijvendheid.’¹⁷⁰

De keuze tussen binding en individualiteit vindt in het privaatrecht zijn weerspiegeling in de keuze tussen huwelijk en geen huwelijk. Deze tegenstelling is mijns inziens te zwart-wit. Zij houdt geen rekening met de ook voor het privaatrecht rele-

¹⁶⁸ Straver et al, *a.w. n.* 36, p. 214.

¹⁶⁹ E.W. Hofstee, *Vrijheid, gelijkheid en eenzaamheid*, Afscheidcollege Wageningen, 30 oktober 1980.

¹⁷⁰ Van der Avort, *a.w. n.* 43, pp. 287-288.

vante analyse van de socioloog Arno van der Avort, die de typische samenwoningsrelatie beschrijft als een proces van onderhandeling, waarbij de partijen *streven naar een evenwicht tussen binding en individualiteit* en waar van vrijblijvendheid geen sprake is.¹⁷¹ Volgens deze analyse kenmerkt de moderne persoonlijke relatie zich niet óf door individualiteit óf door binding, maar bestaat de relatie uit een communicatieproces waarbij het paar op zoek gaat naar een combinatie van individualiteit en binding. Van der Avort legt als volgt uit.

‘Het specifiek eigen karakter van explicitering blijkt echter niet zozeer uit de afbrokkeling van traditionele structuren en gedragsvoorschriften of uit de gelijktijdige individualisering in primaire relaties, maar ligt dieper. Zoals eerder beschreven drukt het uit dat mensen gaan reflecteren over aspecten van hun relatie die voorheen vanzelfsprekend waren; dat zij zich bewust worden van de structuur van hun relatie en de gedragsregulering erin. Deze verandering van de individuele mentale instelling tegenover zichzelf en tegenover relatievorming in de primaire levensfeer vormt de eigenlijke kern van de verschuivingen van de laatste twee decennia. Deze explicitering brengt met zich mee dat onderlinge verhoudingen steeds uitdrukkelijker geregeld moeten worden; er zijn meer bewuste stappen nodig om een relatie in goede banen te leiden. Het fundament van een intieme relatie wordt niet stilzwijgend gelegd. Het verloop van interacties vertoont steeds minder automatismen. De partners moeten uitdrukkelijker en bewuster met elkaar in de slag om hun onderlinge verhoudingen te regelen, hun posities af te bakenen en hun gedrag op elkaar af te stemmen. Het volle gewicht van de inspanning die in geëxpliciteerde relaties moet worden geleverd komt te liggen op de procedures om een relatie te construeren en naar de inzichten van beide partners te modelleren. Hierbij is van vrijblijvendheid nauwelijks sprake. Inderdaad bestaat er momenteel meer vrijheid om te bepalen welke bepalingen de relatie zullen beheersen en hoe de onderlinge verhoudingen tussen de partners er uit zullen zien. Maar de weg waarlangs dit geschiedt is geplaveid met strikte eisen en voorschriften voor de onderlinge communicatie; het vraagt zelfinzicht, een besef van eigen verlangens, van die van de ander, en inzicht in de gevolgen van bepaalde handelingen en van bevrediging van bepaalde behoeften.’¹⁷²

Het is voor een jurist niet gemakkelijk om met sociologische gegevens om te gaan. De explicitering waar Van der Avort op wijst, heeft in de gemiddelde samenwoningsrelatie niet geleid tot een explicitering van de voor de privatist interessante aspecten, zoals de verdeling van de middelen en het nakomen van de onderhoudsverplichting. Als er al sprake is van een dergelijke explicitering leidt deze nog niet noodzakelijkerwijs tot vastlegging van de wederzijdse verplichtingen in een voorafgaand aan de samenwoning afgesloten notarieel contract, maar krijgt zij veeleer gestalte in een proces van voortdurende onderhandeling gedurende de relatie. Toch meen ik dat er in de conclusies van Van der Avort een belangrijke boodschap zit die de jurist zou moeten uitdagen om aan samenwoners een kader te bieden waarin de

¹⁷¹ *Ibid.*, pp. 288-290.

¹⁷² *Ibid.*, pp. 298-290.

combinatie van binding en individualiteit beter tot uitdrukking komt dan nu het geval is. Dit is iets anders dan de huidige regeling waarin de jurist uitgaat van een *polarisatie* tussen binding (bij het huwelijk) en individualiteit (bij samenwoning), welke tegenstelling aanleiding is voor de vooronderstelling dat er zonder tegenbewijs geen sprake is van binding.

Bij deze discussie moet niet worden vergeten dat reeds in het huidige recht inbreuk wordt gemaakt op de relativiteit, door de toepassing van het beginsel van de redelijkheid en billijkheid en door het aannemen van stilzwijgende overeenkomsten. Men kan er bijvoorbeeld gevoeglijk van uitgaan dat de man in de Kermisboedelzaak nooit stilzwijgend of anderszins de bedoeling heeft gehad om het vermogen met de vrouw te verdelen. Toch werd hem de verplichting opgelegd om de waarde-stijging met haar te verrekenen. Voor wat de niet-registergoederen betreft is er reeds een aantal instrumenten om gemeenschapsvermogen aan te nemen (artt. 3:110 BW en art. 1:131 BW). Deze regelingen kunnen de werkelijke bedoelingen van de partijen doorkruisen. Met name de werking van de stilzwijgende overeenkomst en de toepassing van de redelijkheid en billijkheid lijken niet bepaald bevorderlijk om de individuele keuzes van de partijen te bevorderen, nu de werking ervan op voorhand onvoorspelbaar is. Daarentegen zouden de individuele keuzes van de partijen beter kunnen worden gerespecteerd door een wettelijke bepaling op te nemen op grond waarvan door middel van een contractuele beding afwijking van de te treffen wettelijke regeling mogelijk zou zijn.

Mogelijke oplossingen

In Engeland is er de laatste tijd veel discussie over een mogelijke vermogensrechtelijke constructie voor samenwoners. In Engeland zijn samenwoners aangewezen op de toepassing van de trust. Een trust ontstaat wanneer de partners de bedoeling hebben om de goederen in gemeenschap te houden. De trust heeft in vergelijking met de Nederlandse stilzwijgende overeenkomst onder andere het voordeel dat deze ook van toepassing kan zijn op registergoederen, mits de intentie van de partners hierop is gericht. Wel wordt voorzien in de nodige derdenbescherming.

Van een trust in de hier bedoelde zin is slechts sprake indien een gemeenschappelijke bedoeling van de partners tot het ontstaan hiervan kan worden bewezen. Zo ontstond er tussen mevrouw en meneer Burns, die negentien jaar ongehuwd samenwoonden, in die tijd een huis kochten en verbouwden en alle middelen in één gemeenschappelijke pot deden, geen gemeenschap van goederen.¹⁷³ Ten gevolge van het ontbreken van het hiervoor genoemde bewijs kon mevrouw Burns na negentien jaar samenwoning en na twee kinderen te hebben gebaard en opgevoed, niets van de goederen claimen. Dit wordt door velen als onbevredigend ervaren.¹⁷⁴

De Law Commission houdt zich momenteel bezig met de voorbereiding van een voorontwerp waarin de goederenrechtelijke relatie van 'homesharers' wordt geregeld. De bedoeling is een regeling te treffen voor iedereen die samenwoont, behalve indien de samenwoning geschiedt in de relatie van huurder-verhuurder, kostganger of in het kader van andere commerciële verhoudingen. Het rapport van de Law Commission wordt in het voorjaar 2001 verwacht.

¹⁷³ *Burns v Burns* [1984] FLR 216 (CA).

¹⁷⁴ H. Rogers, *a.w.* n. 101, p. 5; A. Barlow, C. Lind, 'A Matter of Trust: the Allocation of Rights in the Family Home', *Legal Studies* 1999 Vol. 19 No. 4, pp. 468-488.

In Engeland bestaat veel belangstelling voor de Australische bepalingen op dit gebied.¹⁷⁵ Op grond van de De Facto Relationships Act 1984 heeft de rechter in New South Wales de bevoegdheid om na de beëindiging van een nader wettelijk omschreven samenwoningsrelatie,¹⁷⁶ een ex-samenwoner te bevelen goederen aan de voormalige partner te geven, of om goederen te verkopen en de opbrengst hiervan met de voormalige partner te delen, dan wel een geldsom aan de voormalige partner te betalen. De rechter moet daarbij rekening houden met de financiële of niet-financiële bijdragen van partijen ter verwerving, behoud of verbetering van de aan een van de partijen of aan beiden toekomende goederen en met de bijdragen van partijen terzake van het verkrijgen en het beheer van de financiële middelen van een van de partijen of beiden. Voorts moet de rechter rekening houden met de door elk der partijen geleverde bijdrage tot elkaars welzijn en het welzijn van het gezin, waaronder ook de bijdrage als huishoud(st)er of ouder moet worden verstaan. Onder gezin moet worden verstaan de partijen tot de relatie en een gemeenschappelijk kind of een kind dat door een of beide van de partijen in de gezamenlijke huishouding is opgenomen.¹⁷⁷ Een vergelijkbare bevoegdheid is te vinden in section 15 van de Domestic Relationships Act 1994 van het Australian Capital Territory. In deze bepaling wordt meer specifiek dan in de New South Wales wet aangegeven welke omstandigheden door de rechter in overweging moeten worden genomen, te weten: de duur en de aard van de relatie, de inkomens, de goederen en de financiële middelen van elke partij, de lichamelijke en geestelijke geschiktheid van elke partij voor passende betaalde arbeid, de financiële behoeften en verplichtingen van elke partij en andere omstandigheden die de rechter relevant acht.¹⁷⁸

¹⁷⁵ M. Gouriet, 'Claims by Cohabitants, Capital and Maintenance Rights with Reference to Legislation in Other Jurisdictions', *Solicitors Family Law Association Review*, June 1999, pp. 25-26.

¹⁷⁶ De Facto Relationships Act 1984, section 4:

(1) *For the purposes of this Act, a de facto relationship is a relationship between two adult persons:*

(a) *who live together as a couple, and*

(b) *who are not related to one another or related by family.*

¹⁷⁷ Property Relationships Act 1984 (New South Wales), section 20(1):

On an application by a party to a domestic relationship for an order under this Part to adjust interests with respect to the property of the parties to the relationship or either of them, a court may make such order adjusting the interests of the parties in the property as to it seems just and reasonable having regard to:

(a) *the financial and non-financial contributions made directly or indirectly by or on behalf of the parties to the relationship to the acquisition, conservation or improvement of any of the property of the parties or either of them or to the financial resources of the parties or either of them, and*
(b) *the contributions, including any contributions made in the capacity of homemaker or parent, made by either of the parties to the relationship to the welfare of the other party or to the welfare of the family constituted by the parties and one or more of the following, namely:*

(i) *a child of the parties,*

(ii) *a child accepted by the parties or either of them into the household of the parties, whether or not the child is a child of either of the parties.*

¹⁷⁸ Domestic Relationships Act 1994, (Australian Capital Territory) section 15(1):

On application by a party to a domestic relationship, a court may make an order adjusting the interests in the property of either or both of the parties that seems just and equitable to it having regard to-

(a) *the nature and duration of the relationship;*

(b) *the financial and non-financial contributions made directly or indirectly by or on behalf of either or both of the parties to the acquisition, conservation or improvement of any of the property or financial resources of either or both of them;*

(c) *the contributions (including any in the capacity of home-maker or parent) made by either of the parties to the welfare of the other or any child of the parties;*

Een soortgelijke bepaling is ook opgenomen in artikel 709 van Boek 1 van het ontwerp-BW van Eritrea. Op grond van deze bepaling is de rechter bevoegd te bevelen dat goederen van een ex-samenwoner aan de andere partner worden overgedragen. De bepaling is uitsluitend van toepassing op ex-samenwoners die langdurig als man en vrouw hebben samengewoond. De rechter zal, gelet op de omstandigheden van elk geval, naar redelijkheid en billijkheid dienen te beslissen. Hij mag overigens niet bevelen dat meer goederen zullen worden overgedragen dan equivalent is aan de waarde van een derde van de totale goederen van de betrokkene ex-leefgenoot. De rechter zal in het bijzonder rekening moeten houden met het gegeven dat bepaalde goederen verworven zijn door de gezamenlijke inspanningen van de leefgenoten. Tevens moet in de beoordeling worden betrokken of de mogelijkheden van de verzoek(st)er om haar of zijn eigen goederen te verwerven ten gevolge van de relatie waren verminderd.¹⁷⁹

Het is begrijpelijk dat men in een land als Engeland, waar men geen wettelijke regeling van het huwelijksgoederenrecht kent, laat staan een regeling voor de goederen van samenwoners, geneigd zal zijn om aansluiting te zoeken bij de twee Australische (deelstaat)regelingen, die de rechter veel ruimte laten bij de afweging van de in aanmerking komende belangen. Voor Nederland, dat een uitgebreide regeling van het huwelijksgoederenrecht kent, zou een dergelijke regeling een vreemd eend in de bijt zijn. En zelfs in Engeland gaan er stemmen op voor een meer gestructureerde regeling.¹⁸⁰ Met het oog hierop is het interessant de desbetreffende Hongaarse en Zweedse wetgeving onder de loep te nemen. Beide landen kennen een speciale wettelijke regeling voor een deel van de vermogensrechtelijke relatie tussen ongehuwd samenwonenden.

Art. 578/G Hongaarse Burgerlijk Wetboek bepaalt dat met betrekking tot alle goederen die het paar staande de relatie heeft verworven de titel in verhouding zal staan tot de bijdrage aan de verwerving die elke partij heeft gedaan. Wanneer de bijdragen van de partijen niet kunnen worden vastgesteld, worden de bijdragen geacht gelijk te zijn. Bovendien is expliciet bepaald dat huishoudelijk werk wordt aangemerkt als een bijdrage aan de verwerving van de goederen.¹⁸¹ Deze bepaling is van

→
(d) the matters referred to in subsection 19(2), as far as they are relevant; and
(e) such other matters, if any, as the court considers relevant.

Section 19(2): In exercising a power under subsection (1), a court shall have regard to

- (a) the income, property and financial resources of each party;
- (b) the physical and mental capacity of each party for appropriate gainful employment;
- (c) the financial needs and obligations of each party;
- (d) the responsibilities of either party to support any other person;
- (e) the terms of any order made or proposed to be made under section 15 with respect to the property of either or both of the parties; and
- (f) any payments made to the applicant, pursuant to an order of a court or otherwise, in respect of the maintenance of a child or children.

¹⁷⁹ Artikel 709 ontwerp BW van Eritrea:

- (1) If two persons have lived together for a long time as if they were married and the relationship has broken down, the court may, upon request, award to one of the former cohabitantes property belonging to the other former cohabitee, provided the value of such property does not represent more than one third of the estate of such other former cohabitee.
- (2) The court shall make such order as is reasonable in the circumstances.
- (3) The court shall take in particular into account whether the property of such other former cohabitee was acquired by common efforts or whether the possibilities of the former cohabitee making the request to acquire his or her own property were diminished because of the relationship.

¹⁸⁰ A. Barlow en C. Lind, a.w. n. 174, pp. 477-488.

¹⁸¹ Hongaarse Burgerlijk Wetboek, section 578/G subs. 1.

toepassing op partners die samenwonen als waren zij gehuwd. Op grond van een wetswijziging in 1996 worden partners van gelijk geslacht mede in deze definitie geacht te zijn begrepen.¹⁸²

Deze regeling gaat verder dan in Nederland door nadrukkelijk te bepalen dat goederen kunnen worden verworven door een bijdrage aan de verwerving te doen. De hoofdregel dat de eigenaar degene is aan wie het goed is geleverd wordt hiermee doorbroken. Een dergelijke bepaling zou zich het meest doen gevoelen met betrekking tot registergoederen. Met betrekking tot niet-registergoederen kent het Nederlandse recht met art. 3:110 BW al een regeling die in veel situaties tot een gelijke verdeling leidt.

Een verdergaande regeling van de goederenrechtelijk relatie tussen samenwonenden treft men aan in de Zweedse Wet Samenwonenden (Gezamenlijke Woning) (hierna: de Wet Samenwonenden) die op 1 januari 1988 in werking is getreden.¹⁸³ Deze wet heeft het voordeel dat zij reeds geruime tijd in werking is en dat er inmiddels veel ervaring is opgedaan met de praktische uitwerking ervan. De werking van de wet is onlangs geëvalueerd, hetgeen heeft geleid tot een aantal aanbevelingen om de doelmatigheid van de wet te verbeteren.

Op grond van de Wet Samenwonenden vallen alle gezamenlijk verworven goederen onder een speciaal regime. Anders dan in de Hongaarse bepaling is de gelijkheid van eigendom het vertrekpunt en wordt in eerste instantie niet gekeken naar de door elk der partijen geleverde bijdrage aan de verwerving van de goederen. De wet is van toepassing wanneer twee personen, van gelijk of verschillend geslacht,¹⁸⁴ samenwonen in omstandigheden die vergelijkbaar zijn met een huwelijk.¹⁸⁵ De Wet Samenwonenden is niet van toepassing als een van de samenwoners reeds gehuwd is of een partnerschap met een andere heeft geregistreerd. De Wet Samenwonenden is uitsluitend van toepassing op de gezamenlijke woning en op de huishoudelijke inboedel. Verder geldt de eis dat de goederen zijn verworven met het oog op gezamenlijk gebruik. De regeling is daarom niet van toepassing op, bijvoorbeeld, vakantiehuisen, recreatiegoederen (boot, auto),¹⁸⁶ bedrijfsgoederen, goederen in de gezamenlijke woning die uitsluitend door een van de partijen worden gebruikt, of bankrekeningen.¹⁸⁷ Zolang de relatie voortduurt heeft de regeling geen juridisch effect; elk der partijen blijft eigenaar van haar of zijn goederen en elk der partijen is verplicht de door hem of haar aangegane schulden te voldoen. Een enkele bepaling is wel reeds tijdens de relatie van toepassing: evenals bij gehuwden het geval is, is elk van de samenwonenden onbevoegd om zonder toestemming van de partner over de goederen te beschikken die onder het regime van de wet vallen.¹⁸⁸

Gedetailleerde regels bepalen welke goederen moeten worden verdeeld,¹⁸⁹ op welke wijze de verdeling van deze goederen moet plaatsvinden (waaronder de vraag van de verrekening van schulden¹⁹⁰) en in welke gevallen een partij het huis of huis-

¹⁸² Hongaarse Burgerlijk Wetboek, section 578/G, subs. 2.

¹⁸³ 1987:232.

¹⁸⁴ De Wet Samenwonenden (Gezamenlijke Woning) is van toepassing op relaties van gelijk geslacht op grond van de Wet Homosexuele Samenwonenden, 1987:813.

¹⁸⁵ Wet Samenwonenden (Gezamenlijke Woning), art. 1.

¹⁸⁶ Wet Samenwonenden (Gezamenlijke Woning) art. 4.

¹⁸⁷ Wet Samenwonenden (Gezamenlijke Woning), artt. 3 en 4.

¹⁸⁸ Wet Samenwonenden (Gezamenlijke Woning), art. 17.

¹⁸⁹ Wet Samenwonenden (Gezamenlijke Woning) artt. 7 en 8.

¹⁹⁰ Wanneer het nauw verbonden is aan een te verdelen goed, bijv. hypotheek op het huis.

houdelijke goederen onder verrekening met de andere partij mag overnemen.¹⁹¹ De regels die van toepassing zijn op de verdeling van de boedel tussen gehuwden zijn van overeenkomstige toepassing verklaard op samenwonenden.¹⁹² Indien een der partijen vóór de verdeling failliet is verklaard of er andere redenen zijn om niet tot verdeling over te gaan, behoudt elk der partijen zijn/haar eigendom en vindt geen verdeling plaats.¹⁹³

De Wet Samenwonenden doet zich pas gevoelen als de relatie wordt afgebroken. Een centrale bepaling is artikel 5 waarin is bepaald dat, indien de relatie anders dan door de dood wordt beëindigd, één van de samenwonenden zich tot de rechter mag wenden met een verzoek tot gelijke verdeling van het gezamenlijk huis en de gezamenlijke huishoudelijke goederen. In het geval van overlijden van een van der partijen kan de overlevende om een gelijke verdeling van de onder de wet vallende goederen verzoeken. Voorts heeft de overlevende partner nog andere rechten, waarover later meer.

Dit is een belangwekkende regeling. Er is een aantal aspecten dat nadere beschouwing verdient.

Gelijke verdeling als vertrekpunt

Het vertrekpunt van een gelijke verdeling van de gezamenlijk verworven goederen die in gezamenlijk gebruik zijn, is in vele opzichten zeer aantrekkelijk. Waarschijnlijk is ook dat een dergelijke regeling aansluit bij wat de meeste samenwonende partners in de praktijk doen. Uit het NISSO-onderzoek bleek dat van de 37 paren die een huis in eigendom hadden, deze in 22 gevallen gemeenschappelijk was. Voor wat de niet-register goederen betreft verkeerde een derde van de paren in de misvatting dat de inboedel gemeenschappelijk was.¹⁹⁴ Uit, onder andere, het onderzoek van Weitzman blijkt dat de meerderheid van gehuwden, verloofden en samenwonenden paren wilden dat de post-contractueel verworven bezittingen gemeenschappelijk zouden zijn.¹⁹⁵

Van belang is voorts dat, als er geen bewijs voorhanden is voor de eigendom van een niet-registergoed, reeds thans de praktijk bestaat dat met toepassing van artikel 3:110 BW een gelijke verdeling tussen de partners wordt toegepast. Weliswaar is artikel 3:110 BW slechts een bewijsrechtelijke bepaling en ziet dit artikel dus als zodanig niet op een inhoudelijk afweging van de belangen van de scheidende partners, maar het is ook weer niet zo dat van deze door de wetgever gekozen oplossing kan worden gezegd dat ze helemaal los staat van inhoudelijke argumenten. Zo berust het artikel op de gedachte dat reeds het enkele feit dat een goed gezamenlijk is gebruikt een argument biedt om het goed als gemeenschappelijk aan te merken.¹⁹⁶

Op grond van nog twee andere argumenten zou ik voor een gelijke verdeling als vertrekpunt willen pleiten.

Gelijke verdeling is aantrekkelijk met het oog op de onvoorzienbaarheid van hetgeen zich in de loop van een langdurige relatie zal afspelen. Er kan van alles ge-

¹⁹¹ Wet Samenwonenden (Gezamenlijke Woning), art. 10 de partij met de grootste behoefte''(eerste zin) en indien het redelijk is (tweede zin)).

¹⁹² Wet Samenwonenden (Gezamenlijke Woning), art 14.

¹⁹³ Wet Samenwonenden (Gezamenlijke Woning), art. 9 tweede zin.

¹⁹⁴ Straver e. a., a.w. n. 36, pp. 206.

¹⁹⁵ Weitzman, in: *Samenleven in meervoud* a.w. n. 41, p. 103; Van der Avort, a.w. n. 43, p. 76.

¹⁹⁶ Gezamenlijk gebruik werd ook door het Zweedse Hof van Beroep aangemerkt als een argument om eigendom te erkennen, 1974 SvJT rf., p. 71 en 1977 SvJT rf., p. 2 in: Agell, a.w. n. 61, p. 196 en noot 3.

beuren waardoor de situatie zoals deze was ten tijde van het sluiten van het contract of het afzien hiervan drastisch verandert: een van de partners kan werkloos worden of juist de loterij winnen of een erfenis ten deel vallen; een van de partners kan ziek worden, failliet gaan, er kunnen kinderen komen. Kortom, de aard van de samenwoningsrelatie brengt mee dat het voor elke partij moeilijk is te voorzien wat de voor- en nadelen zullen zijn van een bepaalde regeling. Vanwege al deze onzekerheden, die de partijen niet in eigen hand hebben, is er veel te zeggen voor een gelijke verdeling van de middelen.

Een tweede argument voor de gelijke verdeling heeft te maken met de inbreng van beide partijen in de relatie. Daarbij speelt de belangrijke vraag of ook een thuiswerkende samenwoner, de huisvrouw of -man, recht heeft een op gelijke verdeling van de tijdens de relatie verworven gemeenschappelijke goederen. En hoe zit het als de ene partner parttime werkt en de andere fulltime en de ene partner ten gevolge daarvan, of om andere redenen, veel minder verdient dan de andere? Gaat het niet een beetje ver om de partner die het meest (of zelfs alles) verdient te verplichten de helft van de volgens de wet in aanmerking te nemen middelen aan de ander af te staan?

Bij de beantwoording van deze vragen is het goed in ogenschouw te houden dat de inbreng in de relatie tussen samenwonenden een combinatie is van een economische en een niet-economische inbreng. Als er slechts één inkomen in het gezin is, dan is een gelijke verdeling van de in aanmerking te nemen middelen een mechanisme om de niet-economisch werkende samenwoner te laten meedelen in de economische opbrengst van de relatie. Daar komt echter bij dat verschillende auteurs hebben betoogd dat er ook een economisch argument is voor een gelijke verdeling, op grond van het standpunt dat ook huishoudelijke arbeid een economische waarde behoort te hebben.¹⁹⁷ De economische waarde van de wederzijdse verzorging door samenwoners (nadrukkelijk niet partners) is recentelijk erkend in de op 16 december 1998 aangenomen en drie maanden na deze datum in werking getreden Catalaanse Wet Wederzijdse Steun.¹⁹⁸

In het huwelijk komt de economische waarde van huishoudelijk arbeid tot uiting in de verdeling van de middelen en in de alimentatieverplichtingen.¹⁹⁹ Voor partners die samenwonen als waren zij gehuwd dient mijns inziens voor wat het gezamenlijk opgebouwde vermogen betreft, hetzelfde te gelden. In één-inkomens-

¹⁹⁷ Voor argumenten om huishoudelijk werk economisch te belonen, zie: Cohen Henriquez, *a.w. n.* 59, pp. 13-14 en de verwijzingen in noot 1 (Hooggerechtshof Noorwegen 4 maart 1975, Norsk Rettstidende 1975, p. 220); meer terughoudend, dezelfde schrijver, *a.w. n.* 5, pp. 94-101, p. 100; Van der Burght, *a.w. n.* 146, pp. 31-35; Weitzmann, in: *Samenleven in meervoud*, *a.w. n.* 41, pp. 133-4, en tegen de erkenning van de economische waarde van huishoudelijke arbeid: Minkenhof, *a.w. n.* 72, p. 120; J. van Duijvendijk-Brand, 'Naar een nieuw huwelijksvermogensrecht?', verslag van de studiedag Vereniging FJR en KNB 21 januari 1998, *Ars Notariatus XCIII*, Deventer, Kluwer, p. 25 e.v.; J. van Duijvendijk-Brand, *Afrekenen bij (echt)scheiding*, Deventer, Kluwer, 1990.

¹⁹⁸ Situaciones convencionales de ayuda mutua y sobre la acogida de personas mayores. De wet voorziet in de mogelijkheid om de rechter te verzoeken om een uitkering toe te kennen aan een persoon die voor de overledene onbetaald heeft gewerkt. De rechter moet rekening houden met de duur van de samenwoning, de toewijding van de verzoeker en haar of zijn economische situatie. Deel 4 van de wet geeft de rechter de bevoegdheid om een deel van het vermogen van een overledene aan de verzoeker toe te kennen, indien de verzoeker de overledene had verzorgd. De rechter is bevoegd om de verzoeker tot een kwart van de erfenis toe te kennen indien er erfgenamen zijn en indien er geen erfgenamen zijn, de hele erfenis, art. 45. Deze wet is echter niet van toepassing op informele huwelijken, maar is bedoeld voor andere vormen van samenwonen.

¹⁹⁹ Asser-de Boer § 207, tweede alinea en de verwijzingen daarin.

relaties zou de gelijke verdeling tot compensatie dienen te strekken voor de huishoudelijke bijdrage van de niet-verdienende partner. In het andere uiterste, waarbij de samenwoners beiden buitenshuis werken en evenveel verdienen, is de gelijke verdeling een rechtstreekse weerspiegeling van de economische inbreng van beide partijen. En in de meest voorkomende tussenvorm, waarin beide partners werken, maar de één minder verdient dan de andere, vormt de gelijke verdeling van de middelen voor een deel een afspiegeling van de financiële inbreng en moet zij voor het overige gezien worden als een compensatie voor de huishoudelijke bijdrage van de minder-verdienende partner. Voor een dergelijke compensatie zijn veel argumenten aan te voeren. Te denken valt aan verschillen in machtspositie die het gevolg kunnen zijn van ongelijke inkomens, aan de huidige discriminatie van de vrouw ten aanzien van de toegang tot de arbeidsmarkt en de inkomenspositie²⁰⁰ en aan het voortdurend ondergeschikt maken van het beroep van de vrouw aan haar man en kinderen.

De veronderstelling lijkt gerechtvaardigd dat de gemiddelde samenwoner deze argumenten zal onderschrijven. Uit het onderzoek van Van der Avort blijkt dat de meeste samenwoners de emancipatie van de vrouw belangrijk vinden en streven naar een onderling gelijke verdeling van huishoudelijk en buitenshuis werk.²⁰¹

Wettelijke regeling van goederen respecteert relatievrijheid

De Zweedse regeling eerbiedigt de relatievrijheid van de partijen. De regeling grijpt zo lang de relatie duurt slechts op één punt in op de vermogensrechtelijke relatie van de partijen. Zoals hiervoor is aangegeven zijn de partners immers niet vrij om zonder elkaars toestemming over de onder het wettelijk regime vallende goederen te beschikken.²⁰² Het gaat hier om een zelfde beperking van de beschikkingsbevoegdheid als voor de huwelijkse situatie is voorzien in artikel 1:88(a) BW.²⁰³ Voorts hebben de partners de mogelijkheid om zich door middel van een schriftelijke overeenkomst aan de wettelijke regeling te onttrekken.²⁰⁴ Aan één bepaling kunnen de partners zich echter nooit onttrekken. Deze bepaling ziet op het recht van de ene partij om, indien de andere partij de verhuurder van de woning is, het huurrecht over te nemen bij de beëindiging van de relatie. Tenslotte is de wettelijke regeling alleen van toepassing als hierop door een van de partijen een beroep wordt gedaan,²⁰⁵ gebeurt dit niet, dan kan de relatie bij beëindiging op grond van de normale regels van gescheiden vermogens worden afgewikkeld.

Flexibiliteit indien gelijke verdeling onredelijk blijkt

Het uitgangspunt van de gelijke verdeling heeft tot gevolg dat na de beëindiging van de relatie de ene partij kan worden verplicht goederen aan de andere af te staan. In de casus waarover het Hof 's-Gravenhage op 5 januari 1977 uitspraak deed (het Klusjesmanarrest), zou toepassing van dit uitgangspunt ertoe hebben geleid dat de vrouw, die eigenaar was van het huis, verplicht zou zijn om de helft van het huis, of het gelijke equivalent hiervan, aan de man over te dragen. In het bewuste geval had de man een groot deel van zijn inkomen geïnvesteerd in de verwerving van het huis en

²⁰⁰ Sociaal en cultureel rapport 1998, pp. 222-228.

²⁰¹ Van der Avort, a.w. n. 43, p. 100-101.

²⁰² Wet Samenwonen (Gezamenlijke Woning), art. 17.

²⁰³ Argumenten voor een dergelijke analoge toepassing van art. 1:88(a) of de minder avontuurlijke toepassing van onrechtmatige daad: Cohen Henriquez, a.w. n. 148, p. 53.

²⁰⁴ Wet Samenwonen (Gezamenlijke Woning), art. 5 derde zin.

²⁰⁵ Wet Samenwonen (Gezamenlijk Huis) art. 5 eerste zin.

vervolgens in de verbouwing daarvan zowel geld als eigen inspanning gestopt. Een gelijke verdeling was in dit geval een redelijk resultaat.

Maar wat als de man niets had gedaan en niets had betaald? In de Zweedse Wet is geregeld dat, indien het in het licht van de duur van de relatie, de financiële omstandigheden van de samenwonenden of andere omstandigheden onredelijk zou zijn om een partij te verplichten goederen aan de andere te geven, deze ongelijk mogen worden verdeeld.²⁰⁶

De goederen die nauw verbonden zijn aan de samenwoning

Een wezenlijk punt van overweging voor de het Hof 's-Gravenhage in zijn Klusjes-manarrest was dat het vermogen dat vastlag in de woning van de ex-samenwonenden en waarop de vordering zich richtte, niet los gezien kon worden van het vermogen als geheel. Zo al tot de verdeling van de woning zou worden besloten, viel niet in te zien waarom deze verdeling niet voor het gehele vermogen zou hebben te gelden. Deze redenering heeft het bezwaar dat zij in feite neerkomt op een analoge toepassing van het voor gehuwden geldende beginsel van de gemeenschap van goederen. Zou in Nederland een soortgelijke regeling als de Zweedse worden ingevoerd, dan zouden de samenwonenden in dit opzicht niet met gehuwden worden gelijkgesteld. Volgens de Zweedse regeling vallen alleen de goederen die tijdens de relatie zijn verworven in de gemeenschap. Bovendien ziet de regeling slechts op goederen die bedoeld zijn voor gezamenlijk gebruik. Het gaat dus uitsluitend om het huis waarin de partners gezamenlijk hebben gewoond en om de goederen die zij gezamenlijk hebben verworven voor gezamenlijk huishoudelijk gebruik. De Zweedse wet heeft geen betrekking op goederen die geërfd zijn of die als geschenk zijn gekregen. Deze goederen maken dus geen deel uit van de gemeenschap van samenwonenden. Deze beperkingen sluiten mijns inziens goed aan bij de aard en strekking van de relatie, althans de aard en strekking waarvan de rechter mag uitgaan bij gebreke van bewijs van het tegendeel. Een dergelijke vermogensrechtelijke regeling die aansluit bij de aard en strekking van de samenwoningsrelatie heeft in het Nederlandse recht al enige erkenning gevonden, zoals blijkt uit eerder besproken uitspraken door de rechtbank Groningen inzake de Leekse samenwoners en het Hof 's-Gravenhage in het Huurwoning arrest en waarin met betrekking tot de goederen die de partners tijdens de relatie hadden verworven een beperkte gemeenschap van goederen werd aangenomen.²⁰⁷ Dat twee mensen samen gaan wonen brengt mee dat zij een huis betrekken en hierin een gezamenlijke huishouding voeren. Het huis en de huishoudelijke goederen zijn nauw verbonden met de relatie. Er zal veelal sprake zijn van een gezamenlijke financiële en niet-financiële bijdrage. En de bedoeling bij de aanschaf van de goederen zal zijn dat beide partijen hiervan gebruik kunnen maken. Zeer relevant voor de toepassing van de wet is de bedoeling die partijen bij de aanschaf hadden. Deze bedoeling zal dikwijls kunnen worden afgeleid uit de aard van het goed. Een computer die tijdens de relatie is aangeschaft, maar die niet is bedoeld voor gezamenlijk gebruik, valt niet onder de regeling.²⁰⁸ De uitsluiting van goederen die verworven zijn vóór het begin van de relatie spreekt voor zichzelf. Deze goederen kunnen niet zijn verworven door financiële of niet-financiële inbreng van beide partijen gezamenlijk, noch kunnen zij aangeschaft zijn met het oog op gezamenlijk gebruik. Voorts is de beperking van de goederen die in de gemeenschap vallen in overeenstemming met het gegeven

²⁰⁶ Wet Samenwonenden (Gezamenlijk Huis), art. 9.

²⁰⁷ Rb Groningen 27 mei 1977, NJ 1977, 570; Hof 's-Gravenhage 13 december 1979, NJ 1980, 556.

²⁰⁸ Wet Samenwonenden (Gezamenlijk Huis) art. 3 tweede zin.

dat de samenlevingsrelatie tijdelijk kan zijn. Onder normale omstandigheden heeft men meer vermogen te verdelen bij beëindiging van een langdurige dan van een kortstondige relatie.

De elegantie van de aansluiting bij de goederen die nauw verbonden zijn aan de samenleving kan worden geïllustreerd door middel van een vergelijking met het eerder besproken Boek 1 van het Ontwerp BW van Eritrea. Volgens artikel 709 is de rechter bevoegd om een ex-samenwoner te bevelen om goederen aan de andere over te dragen: de rechter mag een samenwoner echter niet bevelen om meer goederen over te dragen dan equivalent is aan de waarde van een derde van zijn of haar totale goederen. Door dit artikel is de aanspraak die op de goederen van een ex-samenwoner kan worden gemaakt beperkt. Deze beperking sluit echter niet aan bij de betekenis die de goederen hebben in de context van de gewezen relatie. Bovendien is de beperking tot een derde van de goederen gebaseerd op een analogie met het huwelijk. Zoals hiervoor al is aangegeven, gaat een gelijkstelling met het huwelijk veelal voorbij aan het eigen karakter van de relatie tussen samenwoners.

De hier besproken Zweedse regeling vertoont op een aantal punten gelijkenis met de in de artikelen 1: 123-128 BW geregelde gemeenschappen van vruchten en inkomsten, met dien verstande dat de Zweedse regeling geen regeling van de schulden van de samenwoners bevat. Zo is op grond van artikel 1:124 lid 1 BW de gemeenschap van vruchten en inkomsten, evenals de Zweedse regeling, beperkt tot de goederen die de echtgenoten tijdens het bestaan van de gemeenschap anders dan door erfopvolging, making of gift hebben verkregen. Evenals de Zweedse regeling heeft de gemeenschap van vruchten en inkomsten geen betrekking op beroeps- en bedrijfsvermogen. (artikel 1:126 BW). Maar anders dan de gemeenschap van vruchten en inkomsten ziet de Zweedse regeling op een gemeenschap die ook beperkt is naar de aard van de goederen: slechts het gemeenschappelijk huis en de inboedel behoren hiertoe.

Illustratie van de toepassing van de Wet Samenwonenden

We blikken nog eens terug op de eerder behandelde Nederlandse jurisprudentie, om te zien in welke gevallen de Zweedse wet verschil zou hebben uitgemaakt. In de casus van rechtbank Assen van 8 maart 1983 en 7 februari 1984 (Cafetaria-onderneming arrest)²⁰⁹ en Hof 's-Gravenhage van 5 januari 1977 (Klusjesman arrest)²¹⁰ zou de man de helft van de waardestijging van het huis hebben gekregen. De Zweedse wet zou echter niet van toepassing zijn op het bedrijfspand en de bedrijfsgoederen in het Cafetaria-onderneming arrest. De Zweedse Wet zou niet geholpen hebben in de Bouvier-zaak²¹¹ en evenmin in de Caravan-zaak²¹², omdat noch de hond noch de caravan onder de inboedel in de zin van de Zweedse wet zouden vallen. In de zaak Smit-Bruinsma²¹³ zou de Zweedse wet niet van toepassing zijn geweest op de bankrekeningen, maar zou Bruinsma recht hebben gehad op de helft van de gezamenlijke goederen. Omdat de relatie was beëindigd door de dood van haar partner, zou zij bovendien recht hebben gehad op een wettelijk bepaald bedrag. In de Ker-

²⁰⁹ NJ 1987, 427.

²¹⁰ NJ 1977, 569.

²¹¹ HR 8 oktober 1982, NJ 1984, 2 m. nt Brunner.

²¹² Rb Amsterdam 21 juli 1983, KG 1983, 248.

²¹³ HR 16 januari 1987, NJ 1987, 912 m. nt. Luijten.

misboedelzaak²¹⁴ zou de vrouw recht hebben gehad op de helft van de waarde van het huis. De kermisartikelen zouden daarentegen niet in de gemeenschap vallen.

Derdenbescherming

Het restrictieve standpunt dat in Nederland met betrekking tot registergoederen wordt ingenomen, wordt vooral ingegeven door motieven van derdenbescherming.²¹⁵ Het is dan ook interessant te bezien hoe de Zweedse Wet Samenwonenden de positie van derden regelt.

Op grond van artikel 19 van de Wet Samenwonenden kan een examenwoner zich tot de rechter wenden, indien zijn/haar voormalige partner over een goed beschikt waarover hij of zij op grond van de wet geen recht kon doen gelden. De rechter kan de beschikking over het goed onrechtmatig verklaren en kan bepalen dat titel of bezit wordt hersteld. De derde die het goed inmiddels te goeder trouw heeft verkregen wordt echter beschermd.²¹⁶ In Nederland zou het wenselijk zijn om de versoepelde 'goede trouw' van artikel 1:92 BW in deze situatie toe te passen.

Onder het regime van de Wet Samenwonenden moet de partij die de onrechtmatigheid van het bezit van een goed wil inroepen er bovendien geen gras over laten groeien. De vordering dient binnen drie maanden nadat de ex-partner op de hoogte is geraakt van het onrechtmatige bezit te worden ingediend. In het geval van registergoederen kan de actie niet worden ingesteld indien registratie van een overdracht van de eigendom of van de vestiging of overdracht van het recht van erfpacht heeft plaatsgehad.²¹⁷

Mogelijke herziening van de Zweedse regeling

In 1998 is in Zweden een commissie ingesteld om de werking van de Wet Samenwonenden (Gezamenlijke Woning) te evalueren. De commissie kreeg onder meer de opdracht²¹⁸ om na te gaan of het met de wet beoogde doel, te weten het garanderen van een minimaal niveau aan bescherming voor de zwakkere partij bij de beëindiging van de samenwoning, optimaal was bereikt. De commissie heeft haar rapport in oktober 1999 uitgebracht.²¹⁹ Zij heeft de volgende voorstellen gedaan:

a. De wet moet worden vernoemd tot Wet Samenwonenden. Weliswaar achtte de commissie de huidige titel waarin wordt verwezen naar de gezamenlijke woning meer informatief; de commissie merkte echter op dat de kennis van de gemiddelde burger over de wet zo mager is dat dit geen reden kan zijn om de oude titel te behouden;²²⁰

b) De wet moet rechtstreeks ook van toepassing zijn op paren van gelijk geslacht, en niet slechts door middel van een verwijzing in de Wet Homoseksuele Samenwonenden, zoals nu het geval is. De huidige situatie leidt tot onzekerheden over de betekenis van het begrip 'samenwonenden als waren zij gehuwd';

²¹⁴ HR 26 mei 1989, NJ 1990, 23 m. nt. Luijten.

²¹⁵ Hof 's-Gravenhage, 5 januari 1977, NJ 1977, 569; Modehuis Nolly, HR 2 april 1976, NJ 1976, 450 m. nt. Kleyn.

²¹⁶ Art. 19 derde zin.

²¹⁷ Art. 19 tweede alinea, tweede zin.

²¹⁸ De opdracht was drieërlei: nagaan of de bescherming optimaal was; nagaan of de huidige verschillen in behandeling van samenwonenden van gelijk geslacht en verschillende geslacht nog te rechtvaardigen zijn; nagaan of andere soorten van huishouding onder de bescherming van de Wet Samenwonenden moeten worden gebracht.

²¹⁹ SOU 1999:104

²²⁰ English summary, p. 28.

c) Er moet een nieuwe wettelijke omschrijving komen van de groep samenwonenden die onder het regime van de wet valt. In de plaats van een verwijzing naar het huwelijk zou moeten worden bepaald dat het begrip samenwonen in de zin van de Wet Samenwonenden ziet op twee personen die duurzaam als een paar samenwonen en die een gezamenlijke huishouding voeren.²²¹

d) In de huidige Wet Samenwonenden wordt een aantal gevolgen gekoppeld aan de datum waarop de relatie eindigt. Maar nergens in de Wet Samenwonenden is bepaald wanneer de relatie geacht moet worden te zijn beëindigd. Volgens de commissie zou in de wet moeten worden vastgelegd dat er sprake is van beëindiging wanneer dit naar derden toe blijkt. De relatie zou in ieder geval geacht moeten worden beëindigd te zijn, als een van de partijen met een ander trouwt, een partnerschap registreert, het huis verlaat of sterft. Voorts acht de commissie de relatie beëindigd, als één partij, of beide partijen, een verzoek tot verdeling van het vermogen heeft ingediend of zich in rechte heeft beroepen op het recht om in het huis te blijven wonen.²²²

e) Naar het oordeel van de commissie zou ook de auto onder het regime van de Wet Samenwonenden moeten vallen, omdat het gebruik van de auto in veel gezinnen zeer nauw verband houdt met huishoudelijke activiteiten, zoals winkelen en het vervoer van de kinderen.²²³ Daarentegen zou een auto die voornamelijk voor recreatie wordt gebruikt, niet onder de regeling moeten vallen.²²⁴

f) Samenwonenden kunnen gezamenlijke vermogens hebben die niet onder het regime van de Wet Samenwonenden vallen (bijvoorbeeld een vakantiehuis dat op beider naam staat). Voor de verdeling van deze gemeenschappelijke eigendom geldt thans een ander wettelijke regime dan van toepassing is op de goederen die onder de Wet Samenwonenden vallen. Dit leidt tot veel rompslomp en tot de wens om de verdeling van alle gezamenlijke eigendom om uniforme wijze te regelen. De commissie was van oordeel dat dit probleem haar opdracht te buiten ging, maar heeft wel aandacht voor dit probleem gevraagd.²²⁵

g) In de praktijk bestaat onzekerheid over de vraag of het mogelijk is om bepaalde goederen van de werking van de Wet Samenwonenden uit te sluiten (bijvoorbeeld huishoudelijke goederen) terwijl andere gemeenschappelijke goederen (bijvoorbeeld het huis) wel onder de regeling blijven vallen. De commissie beveelt aan in de wet ondubbelzinnig tot uitdrukking te brengen dat een gedeeltelijke uitsluiting van de Wet Samenwonenden mogelijk is.²²⁶ Samenwoners zouden voorts, net als gehuwden, de mogelijkheid moeten hebben om een beëindigingsovereenkomst te sluiten.²²⁷

h) Samenwoners zijn niet verplicht om hun goederen te verdelen na de beëindiging van de relatie. Ter bevordering van de rechtszekerheid beveelt de commissie aan dat de verdeling binnen een jaar na de beëindiging van de relatie moet plaatsvinden.²²⁸

i) Indien een van de partijen onder de Wet Samenwonenden vallende goederen na de beëindiging van de relatie maar vóór de verdeling verkoopt, weggeeft of anderszins verwijdt, wordt de waarde van de verwijderde goederen volgens de thans geldende

²²¹ *Ibid.*, p. 28

²²² *Ibid.*, pp. 28-29

²²³ Gelet op het feit dat in sommige delen van Zweden de functie van de auto door een snow-scooter of een motor-boot wordt vervuld, zouden ook deze voertuigen volgens de commissie onder de bescherming van de wet moeten vallen.

²²⁴ *Ibid.*, p. 29.

²²⁵ *Ibid.*, p. 30.

²²⁶ *Ibid.*, p. 30.

²²⁷ *Ibid.*, pp. 30-31.

²²⁸ *Ibid.*, p. 31.

regeling niet in de verdeling betrokken. De commissie stelt voor dergelijke goederen wel in de verdeling te betrekken door de waarde van de hele boedel te berekenen zoals deze was op het moment van de beëindiging.

j) De commissie constateert dat er maatregelen moeten worden genomen om meer informatie over de wet te verstrekken, met name aan jongeren, allochtonen en paren van gelijk geslacht.²²⁹

Samenloop van vermogensrechtelijke verplichtingen

De Zweedse Wet Samenwonenden is niet van toepassing indien een van de samenwoners, of beiden, tijdens de relatie met iemand anders is getrouwd. Deze regel voorkomt de samenloop van vermogensrechtelijke relatieverplichtingen. Deze regel mag de wet gemakkelijker hanteerbaar maken voor juristen, maar kan in de praktijk tot zeer vervelende resultaten leiden. Zo zou in een van de meest aangrijpende Nederlandse zaken over samenwoners - de zaak waarover de HR op 13 november 1987 besliste,²³⁰ de vrouw, die met een gehuwde man samenwoonde, geen enkele aanspraak kunnen maken op de gezamenlijk met deze man aangeschafte goederen voor gezamenlijk gebruik (behoudens de bewijsrechtelijke bescherming die de artikelen 3:110 BW en 1:131 BW bieden met betrekking tot niet-registergoederen). Het ging in deze zaak om een huurwoning. Als de partners het huis, ten behoeve van gezamenlijk gebruik, op naam van de man zouden hebben gekocht, zou de vrouw op grond van het huidige Nederlandse recht haar aanspraak geldend kunnen maken als een stilzwijgende overeenkomst tot verrekening van de waarde van het huis kan worden bewezen. Op grond van de Zweedse regeling zou de vrouw echter geen enkele aanspraak kunnen maken om de enkele reden dat de man is gehuwd.

Deze bepaling uit de Wet Samenwonenden verdient mijns inziens geen navolging. Zij ontnemt bescherming aan iemand die deze behoeft. Bovendien kent de huidige Nederlandse wetgeving al een samenloop op het gebied van de alimentatieverplichtingen. Bij vaststelling van de alimentatie die een man aan zijn ex-vrouw moet betalen kan de rechter immers rekening houden met het feit dat de man met een nieuwe partner samenwoont en zelfs met het feit dat de nieuwe partner kinderen heeft.²³¹ Een en ander kan sneu zijn voor de echtgenote die ontdekt dat haar man een gezamenlijk vermogen met iemand anders heeft opgebouwd. Daar staat echter tegenover dat de vordering van de samenwonende (nieuwe) partner beperkt blijft tot de goederen die nauw aan de samenwoning zijn verbonden, terwijl de vordering van de voormalige echtgenote, indien zij in gemeenschap van goederen was gehuwd, het geheel van het resterende vermogen van de man zal betreffen. Voorts acht ik het, gelet op het feit dat de gewraakte Zweedse bepaling alleen ziet op de situatie dat de partners in de (nieuwe) relatie samenwonen als waren zij gehuwd, nauwelijks denkbaar dat de voormalige echtgenote van de man niet op de hoogte was van de situatie. Er mag dus van haar worden verwacht dat zij eerder maatregelen zou nemen om haar rechten te beschermen. Kortom, ik zie het samenwonen van partners van wie er een is gehuwd als een complicatie voor de toepassing van het in de Zweedse wet gelegen wettelijke regime, maar niet als een reden om de toepassing van deze wet op deze situatie uit te sluiten.

²²⁹ *Ibid.*, p. 32.

²³⁰ NJ 1988, 254 m. nt. Stein.

²³¹ HR 19 november 1971, NJ 1972, 337, m. nt. Luijten; HR 22 juli 1981, NJ 1982, 283 m. nt. Luijten; HR 27 november 1981, NJ 1982, 284 m. nt. Luijten; HR 3 juli 1995, NJ 1996, 86, m.nt. de Boer.

Gebruik van de woning

Met betrekking tot de regeling van het gebruik van de gezamenlijke woning na de beëindiging van de relatie, is het nodig om een onderscheid te maken tussen een woning die in eigendom is van een of beide partijen en een huurwoning. In deze paragraaf gaat het om een eigendomswoning.

Met betrekking tot de verdeling van goederen bepaalt de Wet Samenwonenden dat de samenwoner die de sterkste behoefte heeft aan de woning of de huishoudelijke inboedel deze goederen bij de boedelscheiding toebedeeld zal krijgen, met compensatie van de waarde ervan aan de wederpartij. Als de woning waarin de samenwoners gezamenlijk hebben gewoond eigendom is van een van hen, mag de wederpartij de woning slechts overnemen indien dit in het licht van alle omstandigheden redelijk is.²³²

De Nederlandse rechter heeft thans reeds de bevoegdheid te bepalen welke partner de woning mag gebruiken, zelfs indien de woning reeds voordat de samenwoning een aanvang nam was gekocht.²³³ De rechter zal deze bevoegdheid uitoefenen overeenkomstig de beginselen van de goede trouw.²³⁴ Bij de belangenafweging kan rekening worden gehouden met, bijvoorbeeld, de financiële belangen van de eigenaar bij een spoedige verkoop van de woning of de behoefte van de eigenaar om de woning te gebruiken als eigen woonruimte,²³⁵ de tijd die de niet-eigenaar nodig zal hebben om nieuwe woonruimte te vinden,²³⁶ de verwachting van de niet-eigenaar dat het (mede)gebruik van de woning van duurzame aard zal zijn, het feit dat ten tijde van het ontstaan van het (mede)gebruik de niet-eigenaar de woning die deze vóór de relatie had op korte termijn zou verliezen, dan wel om met de eigenaar te gaan samenwonen een duurzaam in gebruik zijnde eigen woonruimte heeft moeten prijsgeven.²³⁷ Van geen enkel belang is of de samenwoners trouwplannen hebben gehad.²³⁸ Zou worden besloten tot invoering van een soortgelijke regeling als is voorzien in de Zweedse Wet Samenwonenden, dan zou ter beantwoording van de vraag welke partij het gebruik van het huis zal krijgen kunnen worden uitgegaan van de hier beschreven belangenafweging.

De Zweedse rechter heeft voorts de bevoegdheid om te bepalen wie van de samenwoners de woning en de gezamenlijke goederen mag gebruiken hangende de hoofdprocedure.²³⁹ De Nederlandse rechter heeft deze bevoegdheid bij wege van ordemaatregel.²⁴⁰

Huurrecht

Indien het huurrecht niet in de verdeling van goederen is betrokken (zie vorige alinea), heeft de Zweedse rechter op grond van de Wet Samenwonenden de bevoegdheid het huurrecht van de gezamenlijke woning aan een van de samenwoners toe te

²³² Wet Samenwonenden (Gezamenlijke Woning), art. 10, tweede en derde zinnen.

²³³ Arr. Rb Zwolle 23 oktober 1979, NJ 1981, 328.

²³⁴ Arr. Rb Zwolle 8 april 1982, RvdW/KG 1982, 72 o.w. 5.

²³⁵ Arr. Rb Zwolle, 23 oktober 1979, NJ 1981, 328.

²³⁶ Rb. Groningen 9 januari 1979, NJ 1979, 351.

²³⁷ Arr. Rb Zwolle 23 oktober 1979, NJ 1981, 328.

²³⁸ Arr. Rb Zwolle 8 april 1982, RvdW/KG 1982, 72 o.w. 7 en 8.

²³⁹ Wet Samenwonenden (Gezamenlijke Woning), artt. 21-24.

²⁴⁰ Hof 's-Gravenhage 13 december 1979, NJ 1980, 556 o.w. 5 (p. 1821 lk).

kennen na beëindiging van de relatie.²⁴¹ De rechter moet, bij de uitoefening van deze bevoegdheid, het huurrecht toekennen aan de samenwoner die het de grootste behoefte heeft aan de woning, indien het, in het licht van alle omstandigheden, redelijk is. Indien de samenwoners geen gezamenlijke kinderen hebben en hebben ze nooit gehad zal de rechter slechts in buitengewone omstandigheden het huurrecht aan de niet-huurder toekennen. Denkbaar is bijvoorbeeld dat het huurrecht aan de niet-huurder zou kunnen worden toegekend indien de woning aangepast was aan de lichamelijke handicap van een van de samenwoners. De samenwoner die het huurrecht op grond van deze bepaling krijgt zal met de andere samenwoner de waarde van het huurrecht moeten verrekenen.²⁴² Opmerkelijk is dat deze bepaling de toekenning van het huurrecht mogelijk maakt niet alleen ten behoeve van een samenwoner die de woning nodig heeft omdat hij of zij de zorg voor minderjarige kinderen heeft, maar ook ten behoeve van een samenwoner die kinderen heeft gehad. Impliciet is de erkenning van de financiële verstrengeling die gemakkelijk gepaard gaat met de opvoeding van kinderen en die voor de economisch zwakkere partij haar werking laat voelen lang nadat de kinderen het huis hebben verlaten.

In Nederland, indien een samenwoner de huurder van een woning is, heeft de andere samenwoner de mogelijkheid op grond van art. 7A:1623h BW mede-huurder te worden.²⁴³ Het moet gaan om het huurrecht met betrekking tot het hoofdverblijf van de samenwoners: net als in Zweden is er geen bescherming voor recreatiewoningen, en zij moeten gedurende minstens twee jaar in het hoofdverblijf een duurzame gemeenschappelijke huishouding gevoerd hebben.²⁴⁴ Deze bepaling was bedoeld om de samenwoner bescherming tegen de verhuurder te bieden; de samenwoner-huurder en zijn partner moeten gezamenlijk de verhuurder verzoeken de samenwoner als mede-huurder te aanvaarden en bij weigering van de verhuurder, moet hun verzoek gezamenlijk aan de kantonrechter worden gericht. Dit was juist een probleem in een zaak waarover de Hoge Raad op 13 november 1987 moest oordelen: want de samenwoner-huurder weigerde om aan een verzoek mee te werken. Dit was niet zo verrassend omdat de samenwoner-niet-huurder vorderde op grond van art. 7A:1623h lid 7 BW de kantonrechter te bepalen dat de huurder de huurovereenkomst niet meer zou mogen voortzetten. De achtergrond was dat de huurder de woning had gehuurd voor een vrouw, twee-en-dertig jaar zijn junior, met wie hij een relatie had. Zij woonde daar sinds 1971 en baarde voor hem twee kinderen. Toen zij uit elkaar gingen weigerde de man mee te werken aan het verkrijgen van de positie van mede-huurster door de vrouw. De kantonrechter wees haar verzoek af. Door het ontbreken van de medewerking van de samenwoner-huurder kon verzoekster niet op rechtmatige wijze mede-huurster worden, waardoor de bevoegdheid op grond van lid 7 om te bepalen dat de huurder niet meer de huurovereenkomst zou voortzetten, niet tot de mogelijkheden behoorde. Volgens de Hoge Raad, indien de verhuurder zich bereid had verklaard de verzoekster als mede-huurster te aanvaarden 'behoeft de ontvankelijkheid in een verzoek als dat van X tot toepassing van art. 1623h lid 7 niet onder alle omstandigheden af te stuiten op het feit dat niet een gezamenlijk verzoek tot verkrijging van de positie van medehuurder is overlegd. Niet uitgesloten is im-

²⁴¹ Wet Samenwonenden (Gezamenlijke Woning), art. 16, eerste alinea. De claim moet binnen drie maanden na vertrek van de woning worden ingediend, art. 16, alinea 2.

²⁴² Wet Samenwonenden (Gezamenlijke Woning), art. 16, derde alinea.

²⁴³ Ingevoerd door de Wet van 21 juni 1979, Stb. 1979, 330 houdende bepalingen met betrekking tot huur en verhuur van woonruimte, invoeringswet Stb. 1979, 331.

²⁴⁴ Art. 7A:1623h lid 3 (a).

mers dat de eisen van de goede trouw in de gegeven omstandigheden eraan in de weg staan dat de huurder wiens huisgenote zonder zijn medewerking een erkenning als medehuurstster van de verhuurder heeft verkregen, zich jegens de huisgenote op het ontbreken van de medewerking kan beroepen.²⁴⁵ Door dit arrest samen te lezen met art. 7A: 1623h kan in Nederland van een soortgelijke bescherming worden gesproken als in art. 16 van de Zweedse Wet Samenwonenden is geregeld.

Indien beide samenwoners partij zijn bij de huurovereenkomst dient de beslissing over het voorlopig gebruik van een huurwoning te worden genomen naar redelijkheid en billijkheid afwegend de belangen van beide partijen en hun kinderen.²⁴⁶ Van het arrest van de HR van 13 november 1987²⁴⁷ lijkt het mij redelijk af te leiden dat dit ook geldt indien de samenwoners niet allebei partij zijn bij de huurovereenkomst maar dat het in strijd zou zijn met de goede trouw om geen rekening te houden met de belangen van de niet-huurder.

Hoewel de Nederlandse regeling na de creatieve oplossing van de HR op 13 november 1987 een adequate regeling biedt is enige aanpassing van art. 7A:1623h BW wenselijk. Dat iemand slechts mede-huurder kan worden met medewerking van de huurder ligt art. 7A:1623h BW ten grondslag.²⁴⁸ Met name zit het arrest van de HR niet goed met de bepaling in lid 7, tweede zin: 'Ieder van de personen bedoeld in het vierde lid kan vorderen dat de kantonrechter zal bepalen dat een of meer van deze personen de huurovereenkomst met ingang van een in het vonnis te bepalen tijdstip niet langer zullen voortzetten. De kantonrechter wijst de vordering slechts toe, indien dit naar billijkheid, met inachtneming van de omstandigheden van het geval, geboden is, met dien verstand dat hij de vordering in ieder geval toewijst, indien de eiser aan toont dat de persoon waarop de vordering betrekking heeft, zijn positie van mede-huurder heeft gekregen op grond van een niet mede door de eiser aan de huurder gedaan verzoek of van een door hem ingestelde vordering als bedoeld in het eerste lid.' De tweede zin van dit lid behoeft aanpassing, om duidelijk te maken dat een persoon die op grond van de toepassing van de goede trouw ontvankelijk is een verzoek tot toepassing van lid 7 eerste zin niet op grond van de tweede zin van hetzelfde lid moet worden uitgezet.

De positie na de dood van een van de samenwoners

Zorgen over de positie van de overlevende partner vormen de belangrijkste reden waarom samenwonenden naar de notaris gaan om een samenlevingsovereenkomst op te laten stellen. Dit is terecht, want bij gebreke van een testament of verblijvensbeding van de overleden partner kent het Nederlandse recht slechts beperkte mogelijkheden om aan de overblijvende partner tegemoet te komen.

De samenwoner die de status van medehuurstster heeft gekregen mag de huurovereenkomst na de dood van de partner als huurder voortzetten.²⁴⁹ Ook de samenwoner die niet de status van medehuurstster heeft, maar die in de woning zijn hoofdverblijf heeft en met de overleden huurder een duurzame gemeenschappelijke

²⁴⁵ HR 13 november 1987, NJ 1988, 254 m. nt. Stein, o.w. 3.3.

²⁴⁶ Arr. Rb. 's-Hertogenbosch 25 mei 1981, NJ 1981, 674.

²⁴⁷ NJ 1988, 254.

²⁴⁸ EK 1978-1979, 14 249, nr. 113a, p. 8.

²⁴⁹ Art 7A:1623i BW

huishouding heeft gehad,²⁵⁰ heeft het recht de huurovereenkomst gedurende zes maanden na het overlijden van de huurder voort te zetten. De kantonrechter kan deze periode verlengen, mits een daartoe strekkend verzoek wordt ingediend voordat de termijn van zes maanden is verlopen.

Ook in het nieuwe erfrecht geldt voor de samenwoner een 'zes-maanden regeling'. In art. 4.2A.2.1 lid 2 BW is bepaald dat een persoon die tot het overlijden met de erflater een duurzame gemeenschappelijke huishouding voerde, het recht heeft gedurende een termijn van zes maanden in de woning te blijven waar de erflater zijn laatste verblijf had en om de inboedel ervan te gebruiken.

De vraag is of dit, mede in het licht van het voorgaande, voldoende kan worden geacht. Een belangrijke functie van het erfrecht is dat het als voortzetting van een onderhoudsverplichting kan werken.²⁵¹ Ik heb hiervoor betoogd dat, ook wanneer de partners geen overeenkomst hebben gesloten, de alimentatiebehoefte samenwoner na de verbreking van de relatie de mogelijkheid zou moeten hebben om zich tot de rechter te wenden met het verzoek een door de andere samenwoner te betalen levensonderhouduitkering vast te stellen. Deze mogelijkheid zou niet in alle gevallen van samenwoning moeten gelden, maar slechts indien hieraan een invulling is gegeven op een wijze die tot gevolg heeft dat de ene partner financieel afhankelijk van de andere is geworden. De verplichting om dit soort behoefte te bestrijden behoort ook na de dood te bestaan. In het Nederlandse recht ontstaat deze verplichting alleen als deze bij testamentaire voorziening ten behoeve van een achterblijvende partner is vastgesteld. Er bestaat echter nog altijd enige praktische belemmering voor het maken van testamentaire voorzieningen gezien de regeling in het successierecht.²⁵² Als het voorstel van de Commissie Moltmaker tot wet wordt verheven, valt dit bezwaar tegen het maken van testamentaire beschikkingen weliswaar weg. De andere bezwaren tegen de in het Nederlandse recht kennelijk levende verwachting dat samenwoners een en ander wel zelf zullen regelen, zijn echter nog volop aanwezig. Even zo goed als het niet realistisch is te verwachten dat een samenwonende partner steeds geneigd zal zijn een gedurende de relatie te effectueren alimentatieverplicht te laten vaststellen, is het risico groot dat een samenwonende partner evenmin zal denken aan het maken van een testamentaire voorziening ten behoeve van zijn of haar achterblijvende verzorgingsbehoefte partner. Om deze reden is het begrijpelijk dat Luijten ooit heeft voorgesteld de achterblijvende partner die geheel of ten dele door de overledene werd verzorgd, een aanspraak te geven op een som in eens ten laste van de nalatenschap van de overledene door het opnemen van een hiertoe strekkende regeling in Boek 4, Titel 2A, afdeling 2 ('andere wettelijke rechten').²⁵³

Een andere situatie waarin een speciale erfrechtelijke voorziening ten behoeve van de langstlevende partner wenselijk kan zijn doet zich voor wanneer de inkomens van de partners verstrengeld zijn, zonder dat er sprake is van een economisch afhankelijkheid van de ene partner jegens de andere, ten gevolge waarvan de overlevende partner gedurende een korte periode financieel in de knel kan komen wanneer

²⁵⁰ Dit keer geldt niet het vereiste dat de gemeenschappelijke huishouding gedurende twee jaar moet zijn gevoerd.

²⁵¹ Hidma, *a.w.* n. 150, p. 21; Cohen Henriquez, *a.w.* n. 5, p. 95-96.

²⁵² Successiewet van 28 juni 1956, Stb. 1956, 362, art. 32 lid 1 4° onderdeel e juncto art. 24 lid 2 letter a..

²⁵³ E.A.A. Luijten, 'De erfrechtelijke positie van de langstlevende echtgenoot en die van de overlevende partner in buitenhuwelijkse relaties', in: *Relatievrijheid en recht*, p. 155.

het inkomen en de goederen die deel uitmaakten van het economisch geheel plotseling wegvallen. Het is deze situatie waaraan artikel 4.2A.2.1 BW beoogt tegemoet te komen. In de Zweedse Wet Samenwonenden is eveneens een voorziening voor deze situatie opgenomen, maar deze biedt geen oplossing voor de verzorgingsbehoeftige overleden partner, die in feite langdurige alimentatie nodig heeft.

Het Zweedse recht kent de overlevende partner geen plaats toe in het versterferrecht. Dit is een van de belangrijkste verschillen met gehuwde partners. De Wet Samenwonenden kent de overlevende partner echter wel bepaalde beperkte rechten toe. In de eerste plaats is het aan deze wet ten grondslag liggende beginsel - de gelijke verdeling van de gezamenlijk verworven en gebruikte goederen - niet slechts van toepassing bij het uit elkaar gaan van de partners, maar ook als een van de partners komt te overlijden. De achterblijvende partner kan tot het tijdstip van gereedkomen van de inventaris van de nalatenschap aanspraak maken op de hem of haar krachtens de Wet Samenlevenden toekomende rechten.²⁵⁴ Met betrekking tot de goederen die onder het regime van de Wet Samenwonenden vallen heeft de overlevende partner recht op de helft, terwijl de erfgenamen recht op de andere helft hebben. Aan de overlevende partner komt echter een voorkeurspositie toe: slechts de overlevende partner heeft het recht om de gezamenlijk woning en inboedel, uiteraard na verrekening van de waarde hiervan, over te nemen. Deze regeling plaatst de overlevende partner in Zweden in een aanzienlijke betere positie dan in Nederland. De regeling heeft niets met het erfrecht te maken, maar is vergelijkbaar met een scheiding van de boedel van gehuwden na het overlijden van een van de echtgenoten.

In de tweede plaats heeft de overlevende samenwoner bij de verdeling van de gemeenschappelijke goederen recht op een deel van het vermogen dat equivalent is aan tweemaal de waarde van het krachtens de Wet op de Sociale Zekerheid vastgestelde basisbedrag, mits de netto waarde van de te verdelen goederen zulks toelaat.²⁵⁵ In 1998 bedroeg dit basisbedrag 36.400 Kronen (4.071,58 Euro); het 'beschermde bedrag' dat aan de overlevende partner zou worden toegekend zou dan 8.000 Euro bedragen. Om een voorbeeld te geven, als Sim en Sam ten tijde van het overlijden van Sim gezamenlijke huishoudelijke goederen ter waarde van 10.000 Euro hebben, heeft Sam bij de verdeling van het gezamenlijke vermogen recht op 8.000 Euro (tweemaal het door de Wet op de Sociale Zekerheid vastgesteld bedrag), en komen aan de nalatenschap van Sim goederen ter waarde van 2.000 Euro ten goede (of een geldbedrag tot een maximum van 2.000 Euro, als Sam die goederen zou willen overnemen). Als de relatie zou zijn beëindigd doordat de partners uit elkaar zouden zijn gegaan, zou Sam slechts recht hebben gehad op de helft van de boedel (5.000 Euro). De overlevende partner heeft deze speciale rechten niet indien hij of zij onwaardig is om te erven. Een soortgelijke regeling in Nederland zou uitkomst kunnen bieden in een situatie als die in de zaak Smit-Bruinsma, waar beide partners eigen inkomsten hadden en dus in principe zelfstandig waren, maar waar de dood van de ene partner tot verstoring van de financiële basis van de overlevende partner leidde. De invoering van een soortgelijke regeling strekt tot aanbeveling. Als, echter, het systeem van gelijke verdeling, zonder de speciale extra rechten in geval van overlijden, zou worden ingevoerd, zal er minder behoefte bestaan aan een erfrechtelijke regeling, omdat de verdeling in veel situaties tot gevolg zal hebben dat de overlevende partner zelfstandig zal zijn.

²⁵⁴ Wet Samenwonenden (Gezamenlijke Woning), art. 5, tweede zin.

²⁵⁵ 1962:381.

Ik meen dat deze regeling in Nederland zou kunnen worden overgenomen. Maar ik aarzel een oplossing voor te stellen voor de situatie van de langdurige verzorgingsbehoeftige overlevende partner. Ik erken de behoefte, maar zie op dit moment niet in hoe hieraan tegemoet kan worden gekomen. Het zou in theorie mogelijk zijn om het Zweedse model toe te passen, gekoppeld aan een speciale voorziening voor verzorgingsbehoeftige overlevende partners, waarbij voorzien wordt in een hoger toe te kennen bedrag. Maar hoe hoog zou dit bedrag moeten zijn? Alleen al het stellen van deze vraag doet vermoeden dat dit geen goede oplossing is. Een mogelijk alternatief is te vinden in de regeling die sinds 1938 in Engeland van toepassing is. Daar heeft de rechter de bevoegdheid om op verzoek aan de overlevende partner die gedurende de periode van twee jaar die aan het overlijden voorafging met de overledene heeft samengewoond als waren zij gehuwd, een deel van de erfenis toe te kennen.²⁵⁶ De uitoefening van deze bevoegdheid is echter niet zonder problemen, nog daargelaten de vraag of een soortgelijke bevoegdheid wel in het Nederlandse erfrecht in te passen. In het ontwerp BW van Eritrea is ook een bepaling met betrekking tot het erfrecht opgenomen. Op grond van artikel 710 van Boek 1 heeft de rechter, indien de samenwoners langdurig als man en vrouw hebben samengewoond en de relatie door de dood is beëindigd, de bevoegdheid te bevelen dat de overlevende samenwoner dezelfde erfrechten zal hebben als een echtgenoot. De rechter kan hier alleen toe overgaan indien zulks in het licht van alle omstandigheden redelijk is.²⁵⁷ Ik wil hier echter niet ingaan op de voor- en nadelen van de Engelse, de Eritrese of een andere erfrechtelijke regeling voor samenwoners. Het gaat hierbij in de eerste plaats niet, zoals hiervoor, om vorderingen tussen de samenwonende partners onderling, maar om de erfrechtelijke vraag hoe de vordering van de overlevende verzorgingsbehoeftige partner zich zou moeten verhouden tot de rechten van de wettelijke erfgenamen, de echtgenoot van de erflater en van de begunstigten krachtens testamentaire beschikkingen van de erflater. Deze materie wil ik bij een andere gelegenheid aan de orde stellen.

Een dreigement voor het huwelijk?

Een argument tégen alle oplossingen die hiervoor zijn besproken en vóór de huidige afwezigheid van een privaatrechtelijke regeling in Nederland, is dat een regeling van de positie van ongehuwden het ongehuwd samenleven te aantrekkelijk zou kunnen maken. De regeling zou paren aanleiding kunnen geven om niet te huwen, terwijl zij dit anders wellicht wel gedaan zouden hebben. Daarbij moet wel bedacht worden dat Nederland het geregistreerd partnerschap heeft ingevoerd, waardoor paren van verschillend geslacht reeds nu kunnen kiezen tussen huwen of registreren. Maar misschien wordt het als minder bezwaarlijk ervaren dat een paar voor geregistreerd partnerschap kiest dan dat het van het treffen van een regeling in het geheel afziet.

Het is dan ook interessant te bezien welke ervaringen in dit verband in Zweden met het invoeren van de Wet Samenwonenden (Gezamenlijke Woning) zijn op-

²⁵⁶ Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975, as amended by Law Reform (Succession) Act 1995.

²⁵⁷ Ontwerp BW van Eritrea, artikel 710:

(1) *If two persons have lived together for a long time as if they were married and the relationship is terminated by the death of one of the cohabitantes, the court may, upon request, order that the surviving cohabitee shall have the same rights of succession as a surviving spouse.*

gedaan. De navolgende cijfers betreffen het aantal vrouwen die voor de eerste keer trouwen, in aantallen per 1000 inwoners.²⁵⁸

1977	76
1983	52
1987	49
1993	38
1996	33

De Wet Samenwonenden werd in 1988 van kracht. In vergelijking met 1987 is het aantal huwelijken gedaald. Maar is deze daling veroorzaakt door de Wet Samenwonenden of is zij slechts te beschouwen als een element van een breder proces van verandering? Opmerkelijk is in ieder geval dat reeds de aan de inwerkingtreding van de Wet Samenwonenden voorafgaande periode van 1977 tot 1987 een forse daling van het aantal huwelijken te zien gaf. Of de wet als zodanig veel invloed op het gedrag van mensen heeft valt voorts te betwijfelen, nu, zoals eerder is aangegeven, aanstaande partners doorgaans matig tot slecht op de hoogte zijn van de juridische consequenties van het huwen of het afzien hiervan. Voor de Zweedse Commissie die zich heeft gebogen over de werking van de Wet Samenwoning was dit in ieder geval aanleiding om het geven van meer bekendheid aan de wet als een van de actiepunten op te nemen. Ook dient te worden opgemerkt dat Zweden niet het enige land is met een dalend huwelijkspercentage. Andere landen, als Denemarken, Finland en Frankrijk kennen dit fenomeen ook, terwijl deze landen geen wettelijke regeling voor samenwonenden kennen. Hoewel er in Zweden zeker zorgen bestaan over het effect van de Wet Samenwonenden op de trouwlustigheid van de bevolking, is er geen bewijs dat deze gegrond zijn.

Slot

Ik heb in deze rede in wezen maar een heel klein deel van een veel groter probleem aangesneden. Zo ben ik bijvoorbeeld niet ingegaan op de problemen die zich in het publiekrecht met betrekking tot samenwonenden voordoen, maar heb ik mij beperkt tot het privaatrecht en dan nog alleen tot de relaties die als informele huwelijken kunnen worden aangemerkt.

Wettelijk handelen om de verhouding tussen samenwoners privaatrechtelijk te regelen lijkt geboden. Uit de demografische gegevens blijkt dat steeds meer mensen voor een steeds een langer deel van hun leven ongehuwd samenwonen. Uit de rechtspraak met betrekking tot de problemen die samenhangen met de beëindiging van deze relaties blijkt dat de huidige wettelijke regeling in een aantal opzichten tekort schiet. De afwezigheid van een wettelijke regeling van het samenwonen is gebaseerd op de veronderstelling dat samenwonenden bewust van het huwelijk hebben afgezien en om die reden geen nadere regeling van hun relatie wensen. Zij zouden voor 'relatievrijheid' hebben gekozen. Het initiatief om een (notariële) regeling te treffen zou bij de partners zelf moeten liggen.

In de praktijk is echter gebleken dat zich veel problemen voordoen met betrekking tot de verdeling van de goederen. Er is voorts geen mogelijkheid om schulden te verdelen als de partners hierover niets hebben afgesproken. Verder heeft de huidige wettelijke regeling tot gevolg dat de verdeling van de goederen in veel ge-

²⁵⁸ Statistiska centralbyrå A. Agell, *Aktenskap, samboende och partnerskap*, 2nd Ed., Iustus förlag, Uppsala, 1998; Agell, *a.w.* n. 61, pp. 210-211.

vallen geen goede afspiegeling is van de bijdrage van elk der partners aan het verwerven, het behoud en de verbetering van de gezamenlijke goederen.

Aan de huidige juridische benadering van de regeling van de goederen van samenwonenden ligt een bepaalde veronderstelling over de aard van de samenwoningsrelatie en de daarmee door de partners beoogde doelen ten grondslag. Om deze veronderstelling op haar validiteit te toetsen is sociologisch onderzoek verhelderend. Dan blijkt dat samenwoners vaak maar een zeer vaag besef hebben van de juridische consequenties van de relatievorm waarvoor zij hebben gekozen. Sociologisch onderzoek wijst bovendien uit dat de veronderstelling dat de samenwoningsrelatie zich vooral kenmerkt door vrijblijvendheid, op drijfzand berust. Uit het onderzoek van Van der Avort vloeit immers voort dat samenwoners zich veeleer bezig houden met een proces van onderhandeling, waarbij de partners ernaar streven om een evenwicht te vinden tussen individualiteit en gemeenschappelijkheid. Dit gegeven zou ook juridische consequenties moeten hebben.

De huidige juridische benadering van het samenwonen is, kortom, te simpel. De afwijzing van het huwelijk wordt gezien als een argument om van regeling af te zien. Maar tussen huwelijk en helemaal niets ligt, zoals onder meer uit de rechtsvergelijking blijkt, een scala van mogelijkheden. In beperkte mate is de erkenning van een tussenvorm reeds aanwezig in het Nederlands recht. Het moet alleen een beetje meer. Ik heb hiertoe een wettelijke tussenvorm voorgesteld, waarbij ik me sterk heb laten inspireren door de Zweedse Wet Samenwonenden (Gezamenlijk Huis).

Nu kom ik aan het slot van mijn verhaal.

Ik dank het College van Bestuur, het bestuur van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, de Stichting Wetenschapsbeoefening en alle anderen die aan de totstandkoming van deze leerstoel hebben meegewerkt, voor het in mij gestelde vertrouwen. Ik wens het College van Bestuur geluk met zijn keuze om het familierecht door middel van deze bijzondere leerstoel te ondersteunen. Familierecht is een zeer bijzonder vak. Het is niet zomaar een onderdeel van het privaatrecht. Zo kenmerkt het familierecht zich veel meer dan welk vak ook door een interdisciplinaire aanpak. Ik geloof dat mijn rede de waarde van een interdisciplinaire aanpak illustreert. In het promotieonderzoek van Catelijne Leenen over de positie van de minderjarige als patiënt, dat ik samen met professor Frans van Wijmen zal begeleiden, is eveneens sprake van samenwerking tussen drie verschillende faculteiten van deze universiteit, te weten de faculteiten der rechtsgeleerdheid, geneeskunde en gezondheidsrecht.

Het familierecht is ook sterk verweven met de rechten van de mens. Juist dit raakvlak tussen familierecht en mensenrechten spreekt mij zeer aan en zal immer mijn aandacht blijven vragen. Sinds 1993 heb ik met enige regelmaat voor het NJCM-Bulletin geschreven. Verder vindt mijn onderzoek naar de regeling van verschillende familievormen plaats onder de hoede van het Centrum voor de Rechten van de Mens. Op internationaal niveau kan het familierecht zich overigens in speciale aandacht verheugen: zo komt het voor in veel onderzoeksprogramma's van de Europese Unie en geniet het de speciale aandacht van de Raad van Europa.

Familierecht onderscheidt zich nog in een ander opzicht van het algemene privaatrecht. De veranderingen die zich de laatste decennia in de samenleving als geheel en het gezin in het bijzonder hebben voltrokken, hebben een onophoudelijke stroom van familierechtelijke wetgeving in gang gezet. Het is een formidabele taak om dit allemaal bij te houden. Het gaat ook niet zo maar om marginale aanpassingen, maar om fundamentele veranderingen die het gevolg zijn van maatschappelijke verschuivingen. Ik noem de wetsvoorstellen over de openstelling van het huwelijk voor

partners van gelijk geslacht en andere wetsvoorstellen die de rechtspositie van kinderen die uit dergelijke relaties worden geboren regelen. Deze veranderingen zijn geen incidenten. In 1998 zijn, na een zeer uitgebreide discussie, nieuwe wetten ingevoerd die het geregistreerd partnerschap, het ontstaan van ouderschap en het gezag over de kinderen regelen. Dan heb ik het nog niet gehad over de wetgeving op het gebied van de kinderbescherming of de voorgestelde wijzigingen ten aanzien van de rechten en plichten van echtgenoten.

Studenten zijn zich ervan bewust dat familierecht een belangrijk vak is; onmisbaar voor notarissen en *bread and butter* voor advocaten. Daarom kiezen in Maastricht per jaar ongeveer zeventig studenten voor het vak personen- en familierecht, tachtig voor jeugdrecht en tussen de tien en twintig voor het meer gespecialiseerde vak Europees Familierecht. Ik ben van plan om dit aanbod, samen met mijn collega's Catelijne Leenen, Solange Daenen en Ton Gehlen verder te verbeteren en uit te breiden.

U zult mij verwijten dat ik nog niet veel over het Europees Familierecht heb gezegd, terwijl deze leerstoel nu juist daarop gericht is. In één opzicht is het oormerk 'Europees' overbodig. Een belangrijk deel van Europees Familierecht bestaat uit internationaalrechtelijke bepalingen. Iedere Nederlandse jurist zou immers op de hoogte moeten zijn van de doorwerking van die verdragsbepalingen in het nationale recht. Zo bezien is iedere familierechtelijke jurist ook een Europeesfamilierechtelijke jurist. Maar Europees familierecht gaat verder. Het heeft als belangrijkste functie het maken van vergelijkingen met andere stelsels, zoals ik dat met deze rede heb beoogd te illustreren.

Het spreekt niet voor zichzelf dat een Engelse vrouw in het land belandt dat wordt beheerst door het poldermodel en waar de muskusrat als staatsvijand nummer 1 geldt, en dat uitgerekend zij het lef heeft om iets over het Nederlandse recht te vertellen. Dit verschijnsel vraagt om een verklaring. Dat het opmerkelijke hieraan doorgaans niet opvalt hangt samen met de openheid en tolerantie en met de – geloof ik – onweerstaanbare nieuwsgierigheid naar het vreemde die ik hier aan de rechtenfaculteit, en dan met name in de capaciteitsgroep privaatrecht, heb aangetroffen. In 1991 solliciteerde ik naar de positie van universitaire docente. Ik bood aan het goederenrecht te doceren. Ik wist toen weliswaar helemaal niets over het Nederlandse recht, maar dat heeft de benoemingscommissie er niet van weerhouden om de keuze op mij te laten vallen. Gerard-René de Groot heeft mij zelfs mijn eerste boek over het Nederlandse recht gegeven: een burgerlijk wetboek met omzetting van de oude in de nieuwe bepalingen. In Nederland heb ik mij kunnen ontplooien op een manier die, geloof ik, in Engeland niet mogelijk zou zijn geweest.

Drie mensen hebben in het bijzonder aan deze ontplooiing bijgedragen. De eerst twee zijn mijn twee promotores, Aalt Willem Heringa en Jan de Boer, die op deze dag recht zit te spreken op het verre Sint Maarten. Zij vormden de ideale ondersteuning voor mijn ontdekkingsreis op het raakvlak tussen de rechten van de mens en het familierecht. Beiden hebben ze mij tot voorbeeld gestrekt als bescheiden, uitstekende wetenschappers die zeer veel over hebben voor hun studenten en jongere medewerkers. De derde persoon die een belangrijke bijdrage heeft geleverd – de belangrijkste – is mijn echtgenoot, Rob Bakker. Hij heeft mij naar Nederland gelokt en mij ervan overtuigd dat de rechtspraak van de Hoge Raad minstens zo interessant is voor mijn onderzoek als de uitspraken van het Bundesverfassungsgericht. Hij heeft mij aan Aalt Willem Heringa voorgesteld. En hij heeft mij wegwijs gemaakt in de mysteries van de Nederlandse samenleving, van het poldermodel tot de muskusrat, en in veel andere zaken waarvan ik, toen ik hier kwam, niet veel kaas had gegeten.

Hij heeft al mijn Nederlandstalige stukken gelezen en hieruit de fouten gehaald die men maakt als men in een vreemde taal schrijft en waarvan het zo moeilijk is af te komen.

Ik wil mijn bewondering uiten voor en mijn dank uitspreken aan vier vrouwen - Margriet, Ine, Peggy en Pia - die met intelligentie, stijl, vriendelijkheid en ook met een zekere strengheid de capaciteitsgroep privaatrecht bijstaan en tot op zekere hoogte, op de manier van *Yes Minister*, de capaciteitsgroep ook besturen. Zij vooral, maken het tot een genoegen om bij de capaciteitsgroep privaatrecht te werken.

Ik wil u allen bedanken voor uw aanwezigheid hier vandaag, in het bijzonder mijn vader, Michael Forder, die uit Zuid-West Engeland is overgekomen, en alle vrienden die uit het polderland zijn gekomen.

In het Engels wordt gezegd: 'It's nice to be important, but it's more important to be nice.' Ik prijs mij gelukkig dat ik hier erg veel vrienden heb gemaakt, te veel om hier ieder afzonderlijk te bedanken. Er zijn veel mensen die mij op belangrijke momenten hebben geholpen. Ik wil op deze dag een woord van dank uitspreken aan dr. Resie Moonen en Margo van der Molen die mij beiden op zeer bijzondere manier hebben bijgestaan. Zonder al die vrienden - zonder Rob en onze twee geweldige kinderen Luke en Anouk - zou ik hier niet hebben gestaan.

Ik heb gezegd.

Literatuurlijst

- Agell, A. (1981), 'Samenwonen zonder huwelijk, ideologie, inhoud en gevolgen van het wettelijk beleid in Zweden', in: *Samenleven in meervoud*, pp. 192-214.
- Avort, A.J.P.M. van der (1987), *De gulzige vrij-blijvendheid van expliciete relaties*, Tilburg University Press 1987.
- Bailey, M. (1998), *Law Commission of Canada Contract (Personal Relationships)*, Ottawa, 1998.
- Barlow, A., Lind, C. (1999), 'A matter of trust: the allocation of rights in the family home', *Legal Studies* 1999 Vol. 19 No. 4, pp. 468-488.
- Boer, J. de, (1998), Mr C. Asser's tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, *Personen- en familierecht*, Tjeenk Willink, Deventer, 1998.
- Blumberg, G.G. (1981) 'Cohabitation without marriage: a different perspective', (1981) 28 *U.C.L.A. Rev.* 1125.
- Burght, Gr. van der, (1982), 'Enige opmerkingen over de vermogensrechtelijke gevolgen van het ongehuwd samenleven', in: *Wet en recht buiten echt*, pp. 31-60.
- Burght, Gr. van der, (1983), 'Het vermogensrechtelijke minimum als uitgangspunt als personen gaan samenwonen', in: *Relatievrijheid en recht*, pp. 88-94.
- Burght, Gr. van der, (1999) 'De huishoudelijke echtgenoot behoort bij echtscheiding niet zonder enige vergoeding voor de verrichte arbeid achter te blijven', in: *VPFA Milleniumbundel*, pp. 27-35.
- Commissie alimentatienormen rapport* (1978), 7 maart 1978.
- Cuyvers, P.F., Latten, J.J. (1994), *Relatie en Gezinsvorming in de jaren negentig*, CBS/Nederlandse gezinsraad, Voorburg/Heerlen.
- Davids, W.J.M. (1983) 'Alimentatie, niet in de lengte, wel in de breedte', in: *Henriquez-bundel*, pp. 77-85.
- Deech, R. (1980), 'The case against legal recognition of cohabitation', (1980) *I.C.L.Q.* 480.
- Duijvendijk-Brand, J. van, 'Naar een nieuw huwelijksvermogensrecht?', verslag van destudiedag Vereniging FJR en KNB 21 januari 1998, *Ars Notariatus XCIII*, Deventer, Kluwer, p. 25 e.v.;
- Duijvendijk-Brand, J. van, *Afrekenen bij (echt)scheiding*, Deventer, Kluwer, 1990.
- Estaugh, V., Kiernan, K.E. (1993), 'Cohabitation: Extra-marital child-bearing and social policy', Family Policy Studies Centre, Occasional Paper 17.
- Glendon, M.A. (1981), 'Het moderne huwelijksrecht en zijn impliciete veronderstellingen', in: *Samenleven in meervoud*, pp. 50-69.
- Gouriet, M. (1999), 'Claims by cohabitants, capital and maintenance rights with reference to legislation in other jurisdictions', *Solicitors Family Law Association Review*, June 1999, pp. 25-28.
- Hartkamp, A.S., Snijders, W. (1983), 'Het nieuwe BW en de ongehuwd samenwonenden', in: *Henriquez-bundel*, pp. 135-153.
- Haskey, J. (1995), 'Trends in marriage and cohabitation: the decline in marriage and the changing pattern of living in partnerships', *Population Trends* Vol. 80, 1995.
- Heiden, A.M. van der, Robert, W.C.J., Straver, C.J. (1980), *Twee relaties, anders dan het huwelijk?*, Samson sociale en culturele reeks, Alphen aan den Rijn/Brussel.
- Heiden, A.M. van der, Straver, C.J., Vliet, R.W.F. van der (1994), *De Huwelijkske logica, Huwelijksmodel en inrichting van het samenleven bij arbeiders en anderen*, NISSO, DSWO Press, Rijksuniversiteit Leiden.
- Henriquez, E. Cohen, (1974), 'Vermogensrechtelijke gevolgen van alternatieve samenlevingsvormen', in: NJB boekenreeks 1, *Twee mensen en het recht*, Tjeenk Willink, Zwolle, pp. 42-59.
- Henriquez, E. Cohen, Moltmaker, J.K. (1977), *Privaatrechtelijke en fiscale aspecten van samenlevingsvormen buiten huwelijk*, Pre-adviezen Koninklijke Notariële Broederschap, Kluwer, Deventer.
- Henriquez, E. Cohen, (1983) 'Regels van samenlevingsovereenkomst', in: *Relatievrijheid en recht*, pp. 94-101.

- Hidma, T.R. (1982), 'Partnerschap en wetgeving', in: *Wet en recht buiten echt*, pp. 3-30.
- Hofstee, E.W. (1980), 'Vrijheid, gelijkheid en eenzaamheid', afscheidcollege Wageningen, 30 oktober 1980.
- Hoog, K. de (1999), 'Verdwijnt het 'traditionele' gezin in Nederland?', *FJR* 1999, pp. 209-213.
- Lekkerkerker, G.J.C. (1999), 'Het samenlevingscontract, zijn ordenende functie in privaatrechtelijke zin', *WPNR* 6364.
- Jong, A.H. de (1997), 'Nationale huishoudens prognose 1996: steeds minder paren zijn gehuwd', *Maandstatistiek van de bevolking*, (1997) 5 (18-28).
- Kiernan, K.E., Estaugh, V. (1993), 'Cohabitation: Extra-marital child-bearing and social policy', Family Policy Studies Centre, Occasional Paper 17.
- Kiernan, K.E. (1999), 'Cohabitation in Western Europe', *Population Trends* (Office for National Statistics) 96, summer 1999, pp. 25-32.
- Kooy, G.A. (1997), 'Gezinsleven en recht in naoorlogs Nederland', *R M Themis* 1997 jrg. 158, pp. 123-129.
- Lampe, P.P. (1975), 'Alimentatie en concubinaat', *NJB* 1975, pp. 1163-1168.
- Latten, J.J., Cuyvers, P.F. (1994), *Relatie en Gezinsvorming in de jaren negentig*, CBS/Nederlandse gezinsraad, Voorburg/Heerlen.
- Lind, C., Barlow, A. (1999), 'A matter of trust: the allocation of rights in the family home', *Legal Studies* 1999 Vol. 19 No. 4, pp. 468-488.
- Luijten, E. A.A. (1983), 'De erfrechtelijke positie van de langstlevende echtgenoot en die van de overlevende partner in buitenhuwelijkse relaties', in: *Relatievrijheid en recht*, pp. 145-158.
- Lyon, T. (1980), 'Towards a justification of property rights for cohabitantes', (1980) 130 *New Law Journal* 228.
- Manting, D. (1994), 'Meer scheidingen dan echtscheidingen', *Maandstatistiek van de bevolking* CBS, jrg. 42, 1994-4.
- Minkenhof, A.A.L. (1983), 'Enkele betwistbare stellingen ter animering van de discussie', in *Relatievrijheid en recht*, pp. 119-137.
- Moltmaker, J.K., Henriquez, E. Cohen (1997), *Privaatrechtelijke en fiscale aspecten van samenlevingsvormen buiten huwelijk*, Pre-adviezen Koninklijke Notariële Broederschap, Kluwer, Deventer.
- Moltmaker, J.K. (1978), 'De erfrechtelijke en successierechtelijke aspecten van het Samen-Leven', in: *Samen-Leven*, pp. 53-61.
- Mourik, M.J.A. van (1978), 'Partij-autonomie en wetgeving', in: *Samen-Leven*, pp. 63-72.
- Neleman, P. (1983), 'De positie van de huishoudelijke partij', in: *Relatievrijheid en recht*, pp. 128-137.
- Nota, J.A. (1974), 'Gewoon samenleven', in: *Twee mensen en het recht*, pp. 60-65.
- Oliver, D. (1982), 'Why do people live together?', *Journal of Social Welfare Law* 1982, pp. 209-222.
- Pickford, R. (1999), *Fathers, marriage and the law*, London, FPSC/Joseph Rowntree Foundation.
- Reehuis, W.H.M., Slob, E.E., (1991) Invoering boeken 3,5 en 6, Aanpassing Burgerlijk Wetboek, Kluwer, Deventer.
- Robert, W.C.J., Heiden, A.M. van der, Straver, C.J. (1980), *Twee relaties, anders dan het huwelijk?*, Samson sociale en culturele reeks, Alphen aan den Rijn/Brussel.
- Rogers, H. (1999), 'Cohabitation committee report to the National Committee', *Solicitors Family Law Association Review*, June 1999, pp. 5-12.
- Ruiter, J. de (1977), 'Veranderingen in familie- en gezinsrecht', *Pre-adviezen jaarvergadering 1977 Vereniging voor Familie-en jeugdrecht*, Tjeenk Willink, Zwolle.
- Scherf, Y. (1999), *Registered Partnership in the Netherlands, A Quick Scan*, WODC, Rijswijk, 1999.
- Scottish Law Commission (1992), *Report on Family Law No. 135*, H.M.S.O. Edinburgh, 1992.

- Senaeve, P. (1998), 'De wettelijke samenwoning en het geregistreerd partnerschap in het Belgisch recht', *Tijdschrift voor het familierecht* 1998, pp. 254-259.
- Simons, J. (1999)(Ed.), 'High divorce rates: the state of evidence on reasons and remedies', *Lord Chancellor's Department Research Series*, 2/1999, Vol. 1, London, LCD, 1999.
- Slob, E.E., Reehuis, W.H.M., (1991) Invoering boeken 3,5 en 6, *Aanpassing Burgerlijk Wetboek*, Kluwer, Deventer.
- Smart, C., Stevens, P. (2000), *Cohabitation breakdown*, Family & Parenthood, Policy and Practice, Family Policy Studies Centre, Joseph Rowntree Foundation, London, 2000.
- Snijders, W., Hartkamp, A.S.(1983), 'Het nieuwe BW en de ongehuwd samenwonenden', in: *Henriquez-bundel*, pp. 135-153.
- Sociaal en cultureel planbureau (1998), *Sociaal en cultureel rapport 1998, 25 jaar sociale verandering*, Rijswijk, september 1998.
- Stevens, P., Smart, C. (2000), *Cohabitation breakdown*, Family & Parenthood, Policy and Practice, Family Policy Studies Centre, Joseph Rowntree Foundation, London.
- Straver, C.J., Heiden, A.M. van der, Robert, W.C.J. (1980), *Twee relaties, anders dan het huwelijk?*, Samson sociale en culturele reeks, Alphen aan den Rijn/Brussel.
- Straver, C.J., Van der Heiden, A.M., Van der Vliet, R.W.F. (1994), *De Huwelijkse logica, Huwelijksmodel en inrichting van het samenleven bij arbeiders en anderen*, NISSO, DSWO Press, Rijksuniversiteit Leiden.
- Weitzman, L. J. (1981), *The Marriage Contract, A Guide to Living with Lovers and Spouses*, The Free Press (New York) Collier Macmillan (London).
- Weitzman, L. e.a. (1981a), 'Contracten voor intieme relaties', in: *Samenleven in meervoud*, pp. 87-138.
- Wiel, A.M. van de (1976), 'Alimentatie en concubinaat', *NJB* 1976, pp. 191-194.
- Wortmann, S.F.M. (1999), *Personen- en familierecht*, Kluwer, Deventer.
- Wortmann, S.F.M.(1999), 'Gevolgen van de scheiding: voortdurend van het gezamenlijk gezag en limitering van de alimentatie' in: *VPFA Millenniumbundel*, pp. 49-58.

Verzamelwerken

- Fiscaal en Notarieel Instituut, Rijksuniversiteit Leiden, *Samen-Leven, Landelijk congres over de buitenhuwelijkse relatie*, Kluwer, Deventer, 1978.
- Henriquez-bundel, *Samenleven, samenwerken, opstellen aangeboden aan prof. mr. E.C. Henriquez ter gelegenheid van zijn vijftigste verjaardag*, Kluwer, Deventer, 1983.
- Nederlandse gezinsraad, *Wet en recht buiten echt, Twee relaties met en zonder kinderen*, Kluwer, Deventer, 1982.
- NJB boekenreeks 1, *Twee mensen en het recht*, Tjeenk Willink, Zwolle, 1974.
- Robert, W.C.J., en Waaijer, J.M.A., (red.) *Relatievrijheid en recht*, Kluwer, Deventer, 1983.
- Saal, C.D., en Straver, C.J., (red.) *Samenleven in meervoud, juridische en sociologische aspecten van het samenwonen zonder huwelijk*, Samson sociale en culturele reeks, Alphen aan den Rijn/Brussel, 1981.
- VPFA Millenniumbundel, *Het familierecht in het perspectief van de 21^{ste} eeuw*, Kluwer, 1999.
- Waaijer, J.M.A., en Robert, W.C.J., (red.), *Relatievrijheid en recht*, Kluwer, Deventer, 1983.